

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

SITUATION ACTUELLE DE LA MÈRE

DANS

LA FAMILLE LÉGITIME

Et des Modifications qu'elle comporterait

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 3 heures

PAR

Paul SIMON

Président : M. MASSIGLI, professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, professeur*
BARTIN, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
SITUATION ACTUELLE DE LA MÈRE
DANS
LA FAMILLE LÉGITIME
Et des Modifications qu'elle comporterait

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 3 heures

PAR

Paul SIMON

Président : M. MASSIGLI, professeur

Suffragants { MM. PIÉDELIÈVRE, professeur
BARTIN, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551430_0029

DE LA
Situation Actuelle de la Mère dans la Famille légitime
ET DES
Modifications qu'elle comporterait

AVANT-PROPOS

Parmi les questions actuelles les plus en vue, *le féminisme* occupe une des premières places.

On prête à Ibsen cette parole : « La révolution sociale, qui se prépare en Europe, gît principalement dans l'avenir de la femme et de l'ouvrier. »

Nous ne croyons pas que les deux questions soient d'égale importance, mais cependant, on ne peut nier le très grand intérêt social que présente la question féministe, entrée dans les préoccupations de notre époque.

D'après M. Turgeon, dans son ouvrage *Le Féminisme français*, quatre revendications principales sont inscrites au programme féministe :

1° Emancipation *individuelle* de la femme, par une plus large part et un plus libre accès aux lumières de la science;

2° Emancipation *sociale*, par une plus libre admission aux métiers et professions exercés par les hommes ;

3° Emancipation *politique*, par la conquête du droit de suffrage ;

4° Emancipation *familiale*, par l'obtention d'une indépendance et d'une autorité plus grandes au foyer.

Les trois premiers points ont fait l'objet d'études et de discussions très approfondies ; sur eux surtout s'est concentrée l'activité des apôtres du féminisme.

Sur les deux premiers, les féministes ont eu déjà partiellement gain de cause et le terrain gagné s'accroît tous les jours.

Le troisième est peut-être celui où la victoire leur sera le plus difficile à obtenir, aussi à l'heure actuelle est-ce celui sur lequel se portent tous leurs efforts.

Sur le quatrième point, de notables améliorations ont été apportées à la situation de la femme dans la famille par la loi récente concernant le libre salaire de la femme mariée. En ce moment même, un projet de loi est mis à l'étude, qui permettrait à une femme de faire partie d'un conseil de famille.

Néanmoins, dans cet ordre d'idées, il reste beau-

coup à faire ; et cette question de la situation de la mère dans la famille, qui, à notre avis, présente cependant un intérêt considérable, nous a semblé être mise un peu de côté.

Pourquoi jusqu'alors a-t-elle été ainsi négligée ?...

Est-ce parce que les avantages à en tirer sont moins brillants que les charges à assumer ne sont lourdes ?...

Nous ne le pensons pas. La raison en serait plutôt que les féministes ont jugé la question comme devant être plus facile à résoudre au gré de leurs desiderata, lorsque le droit de vote et d'éligibilité leur serait accordé.

Jamais en effet nos féministes françaises ne se sont désintéressées de cette question, à laquelle elles attachent au contraire une grande importance. Et il n'en saurait être autrement, étant donnés les sentiments de nos femmes à l'égard de leurs enfants, ce qui, au congrès féministe de 1896, leur a valu cette virulente apostrophe prononcée d'une voix tremblante de colère par M^{me} Hilda-Sachs :

« Depuis que je suis en France, j'entends toujours les femmes françaises se vanter d'être mères, fatiguer le monde par l'exhibition de leurs enfants. Moi, j'ai des enfants, mais je ne m'en vante pas, c'est une fonction naturelle qui n'est pas autrement flatteuse. Peut-être êtes-vous trop hantées par l'image de la madone portant comme un ostensor son fils entre

ses bras. Moi je préfère la Vénus de Milo, je la trouve plus belle, plus admirable, quoiqu'elle n'ait pas de bras du tout. »

Tout le monde, fort heureusement, ne partage point les idées de M^{me} Hilda-Sachs, et nous espérons que pendant de longues années encore les jeunes Français se pourront blottir dans les bras de leurs mères.

Mais n'est-il point extraordinaire, dans ce pays où la femme est si vraiment mère, de voir le rôle effacé à elle laissé par le législateur.

Sur cet enfant, dont tendrement elle surveille et favorise le développement, qu'au prix de mille soucis, de mille fatigues elle élève, la mère n'a qu'une autorité toute théorique, souvent réduite à néant, complètement annulée par la volonté supérieure du père.

C'est cette situation que nous entreprenons de montrer en ce travail ; nous indiquerons tous les points où la mère se trouve traitée moins favorablement que son mari, nous montrerons ceux plus nombreux encore où ses droits, non fixés, font l'objet de discussions et de contestations diverses.

Nous étudierons aussi les diverses modifications proposées par les partisans d'une réforme et nous présenterons les solutions qui à notre avis sont les plus équitables et les plus susceptibles d'être adop-

tées, en tenant compte le plus possible de l'état de choses, des mœurs et des tendances actuels.

Pour ce, après un rapide exposé historique de la situation de la mère dans les origines de notre législation, nous traiterons dans une première partie des droits de la mère sur *la personne de ses enfants*, et dans une seconde des droits de la mère sur *les biens de ceux-ci* ; et nous terminerons notre travail par l'étude des diverses juridictions susceptibles d'être appelées à trancher les conflits devant résulter nécessairement des modifications que nous demandons.

INTRODUCTION

Exposé historique

Si nous en croyons le témoignage d'auteurs nombreux et unanimes, à l'origine des sociétés humaines le mariage n'existait pas. La femme était absolument indépendante de l'homme.

« Nulle autorité, dit M. Gide (1), ne pèse sur elle, dans une société où les pouvoirs domestiques et les pouvoirs publics sont également inconnus. »

« C'est à elle qu'appartiennent les enfants ; c'est par elle que se comptent les généalogies (2). »

Plus tard le matriarcat disparut pour faire place à l'état patriarcal.

1. Paul Gide. *Condition privée de la Femme*.

2. Hérodote I. 173. témoignage confirmé par Nicolas de Damas. *Hist Græc.* III. n° 461, et Héraclide de Pont *Hist gre*, t II n° 217. On peut voir aussi sur les Locriens Polybe XII.5. sur les Xanthiens Plutarque *de mulierum virtute* 9. Nymphys d'Héraclée (*Hist. g.*, t. III p. 15). sur les Ethiopiens. (Note de M. Paul Gide.)

Ce que la femme gagna en dignité morale, elle le perdit en indépendance, jamais en effet, la femme ne fut tenue sous une dépendance aussi étroite qu'au moment de ce changement. Ainsi nous l'atteste le principe de Manou : « La femme doit dépendre de son père, de son mari, de ses fils, des parents de son mari et ne doit jamais gouverner elle-même. »

Longtemps, ces principes restèrent en vigueur à Rome, où la femme était toujours sous l'autorité d'un *pater familias*, soit son père, soit son époux, soit même son fils aîné.

Cependant, au cours des temps, les droits de la mère, sans devenir considérables, gagnèrent insensiblement du terrain.

Elle pouvait dénoncer au magistrat les abus d'autorité dont le père se rendait coupable.

Quand fut créé le système des *bonorum possessiones* la mère put agir pour son enfant ; si à la mort de son mari elle se trouvait enceinte, elle pouvait, pour l'enfant à naître, demander l'envoi en possession provisoire des biens du père défunt, *bonorum possessio ventris nomine*.

Au nom de ses enfants, il lui était encore permis d'intenter l'action *de partu agnoscendo*.

C'était encore un devoir pour la mère, dans le cas où ses enfants étaient impubères et sans tuteur, ou dans le cas où le tuteur en exercice aurait encouru la déchéance, ou se serait excusé, de demander au ma-

gistrat de pourvoir à la tutelle, sous peine de perdre les droits de succession à elle donnés par le sénatus-consulte Tertullien.

On la voit alors surveillant le tuteur et au besoin intentant contre lui *le crimen suspecti tutoris*, malgré la règle qui interdit aux femmes d'introduire une action criminelle pour un fait qui ne les touche pas personnellement (1).

Plus tard même, les empereurs non seulement laissèrent à la mère le droit de surveillance, mais lui permirent d'être tutrice de ses enfants (2).

On fit plus, même, au témoignage de Modestin (3). D'après lui, bien qu'en droit on ne doive pas tenir compte de la nomination d'un tuteur testamentaire faite par la mère à ses enfants après les avoir institués héritiers, en fait cependant, cette nomination, de son temps, était toujours confirmée après enquête.

Sous l'influence chrétienne, l'autorité paternelle se transforme : « Ce n'est plus aux enfants disait saint Paul à amasser des biens pour leurs pères, mais aux pères à en amasser pour leurs enfants » (4).

La puissance de la mère est alors reconnue comme

1. Dig. I § 6, al. 7 *de susp. tut.*, XXVI, 10.

2. Necatius, Dig., L. I, 18 *de tutel.* XXVI.

3. Dig. L. 4, *de test. tutel.*, XXVI, 2.

4. Epître II, *ad. Corinth.*, XII, 14,

celle du père ; le respect et l'obéissance leur sont dus également par leurs enfants.

Toujours saint Paul, quand il consacre les droits de puissance paternelle, unit la mère au père.

Alors, la tutelle maternelle, qui n'était qu'une simple faveur, devient un droit consacré par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. Tout d'abord, pour être investie de cette fonction, la mère devait être majeure et il lui fallait s'engager par serment à ne point se remarier. Justinien supprima le serment, mais il exclut la mère de plein droit dès son deuxième mariage.

Tandis que décline l'autorité paternelle, par un mouvement inverse les pouvoirs de la mère s'accroissent, pour tendre au même niveau. Par degré, les constitutions impériales donnent à la mère des droits égaux à ceux du père sur la succession de ses enfants ; elles lui permettent de prendre part au choix de l'époux lors du mariage d'une fille ; elles lui donnent la tutelle légale, et même, si elle est injustement répudiée, ou si elle a obtenu la prononciation du divorce en sa faveur, elle est investie de presque tous les attributs de la puissance paternelle.

Mais peu à peu, une certaine méfiance se fit sentir contre les femmes (1).

1. Tertullien. *De cultu feminarum*, t. I, p. 126.

Les textes les plus décisifs du droit canon consacrent la supériorité morale de l'homme.

« L'homme seul a été créé à l'image de Dieu, mais non la femme ; en conséquence la femme doit être la subordonnée et presque la servante et l'esclave de l'homme. » (1).

Dans le droit germanique, la mère n'était rien du vivant du père. A la mort de ce dernier, la situation de celle-ci change ; à défaut de fils majeur elle peut disposer de la main de sa fille ; et c'est à l'exclusion de tout autre que lui est dévolu ce droit.

Les quatre siècles de domination romaine avaient acclimaté en Gaule la puissance paternelle.

Elle survécut aux invasions des Barbares et même se généralisa par la confusion insensible des races.

Pendant une longue suite de siècles, la puissance paternelle se maintint telle qu'elle était à Rome, à peine modifiée par quelques usages locaux, si bien que dans la législation familiale des pays de droit écrit, nous retrouvons encore au ^{xiii}^e siècle les institutions de Justinien sans presque aucun changement.

D'après Loysel (2), quel que soit l'âge de l'enfant, le père jusqu'à sa mort exerce seul la puissance

1. Caus., XXXIII., 5.

2. Loysel. *Institutions coutumières*, règle 38.

paternelle, à moins toutefois que l'enfant n'ait été émancipé, soit par mariage, soit par l'acceptation de certaines fonctions publiques (pour l'exercice desquelles il lui fallait le consentement de son père), soit par la séparation de *feu et lieu* pendant dix ans en certaines provinces, pendant *l'an et jour* en d'autres.

D'après le même auteur (1), le fils de famille, sous l'autorité paternelle, n'avait point sur ses enfants les mêmes pouvoirs que son père avait sur lui-même. Tout ce que les enfants acquéraient appartenait au père en usufruit.

Nous ne voyons point la mère jouer quelque rôle, en ces textes, reproduction exacte de la législation romaine.

Cependant un contraste se fait sentir quand on étudie l'organisation familiale dans les pays du nord, « pays de coutume » ; qui, partant de l'idée de protection due à l'enfant, y convient également les deux époux.

Dans ces régions, règne le droit naturel à peine réglementé.

« Les familles s'étaient constituées et se gouvernaient elles-mêmes, le pouvoir des père et mère établi par la force des choses s'exerçait dans la limite des besoins ; la loi n'intervenait entre les parents et

1. Loysel, *op. cit.*, règle 337.

les enfants que comme règle d'équité et d'une manière presque officieuse (1).

L'autorité des parents, qui prend sa source dans le droit naturel, est considérée comme un moyen d'accomplissement du devoir d'éducation, et, dès lors, l'exercice en appartient à la mère comme au père, (toutefois elle ne l'exerce qu'à défaut de celui-ci).

« Notre puissance paternelle, dit Pothier, est commune au père et à la mère, néanmoins la mère étant elle-même pendant le mariage sous la puissance du mari, elle ne peut l'exercer que subordonnément et dépendamment de lui (2). »

Le même auteur (3) nous dit encore que par suite de sa corrélation avec les besoins de l'enfant, l'autorité paternelle cesse avec la faiblesse de celui-ci et prend fin à sa majorité (vingt-cinq ans), à son mariage ou à son émancipation. Quant aux biens, les parents n'ont aucun droit sur ceux de leurs enfants, sauf dans les cas de garde noble et de garde bourgeoise (4).

1. Explication donnée par Dalloz de la diversité des coutumes sur la matière de l'autorité paternelle. *Répertoire de législation*, p. 5544.

2. *Cout. d'Orléans*, introduction au titre IX, de la puissance paternelle, § 1, n° 3.

3. Pothier. *Traité des personnes*, XVI, 2.

4. Bourzon. *Droit commun de la France*, t. V, ch. I, sect. I. — Pothier. *Cout. d'Orléans* IX, art. 178.

« En un mot, le pouvoir des parents sur leurs enfants ressemble à celui des tuteurs sur leurs pupilles (1). »

D'après Guy Coquille : « La puissance paternelle n'est que superficielle en France et par nos coutumes, en ont seulement été retenues quelques petites marques, avec peu d'effet. »

Quand le père est dans l'impossibilité d'exercer cette puissance, la mère se trouve appelée à le remplacer et tous les moyens lui sont dévolus.

La garde noble et la garde bourgeoise même appartiennent à la femme survivante comme au mari.

Ces différences entre les pays de droit écrit et ceux de droit coutumier subsistèrent fort longtemps, et il faut arriver à la Révolution pour voir se produire l'unité de législation.

La puissance paternelle fut alors considérée comme une des formes du despotisme et la constitution du 28 août 1792, suivie d'un décret du 31 janvier 1793 étendirent à toute la France la limitation de l'autorité paternelle à la minorité de l'enfant.

Déjà cette autorité avait été très fortement ébranlée par un décret du 17 août 1790.

Quand on chercha à réorganiser la société, la

1. *Nouveau Denizart*, t. VI. Puis. pat., n° 1.

reconstitution de la famille fut un des points dont on songea à s'occuper en première ligne.

« Rien, dit Bertier, ne ressemble et ne doit ressembler moins à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité des père et mère qu'il s'agit de régler. »

Le système des pays de droit écrit n'avait donc aucune chance d'être adopté ; quant à celui des pays coutumiers, les auteurs du Code semblent n'en avoir vu que la diversité.

Le tribun Vérin, dans un rapport au Tribunat, disait cependant :

« Il est impossible de ne pas entrer dans une espèce de composition entre les divers usages de l'ancien droit civil de France, en tempérant, d'un côté, ce que le droit romain pouvait avoir de trop rigoureux, et de l'autre, en fortifiant la puissance paternelle dans les pays coutumiers. »

En définitive, d'après Réal : « Le législateur établit un droit égal, une égale indemnité, là où la nature a établi une égalité de peines, de soins, d'affection ; il répare par cette équitable disposition, l'injustice de plusieurs siècles ; il fait pour ainsi dire entrer pour la première fois la mère dans la famille et la rétablit dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature, droits sacrés, trop méprisés par les législateurs anciens, reconnus par quelques-unes de nos coutumes et notamment celle de Paris, mais qui, effacés de nos Codes, auraient dû se retrouver en

caractères ineffaçables dans le cœur des enfants bien nés... »

« La raison, conclut Albisson, dicte qu'un tel partage ne saurait subsister, sans détruire le pouvoir, et la nature a résolu la question, en donnant à l'homme des moyens de supériorité et de prééminence, qui ne sauraient lui être contestés. Ainsi, c'est au mari, comme chef de la société conjugale, que la puissance sur les enfants doit appartenir pendant la durée de la société, pour passer ensuite à la femme après sa dissolution. »

Ces deux derniers passages nous montrent bien quelle situation les auteurs du Code ont entendu faire à la mère.

Depuis, peu de modifications ont été apportées. Quelques lois cependant, ainsi que nous le verrons au cours de cet ouvrage, sont venues, dans ces dernières années, améliorer légèrement le sort de la mère.

Première Partie

CHAPITRE I

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LA PERSONNE DE SES ENFANTS AU COURS DU MARIAGE

Parmi les attributs de la puissance paternelle, dans lesquels on aimerait à voir jouer un rôle plus considérable à la mère, il semble naturel de placer en premier rang les droits sur la personne de l'enfant :

Education, correction, autorisation à mariage.

Education

On connaît le rôle capital attribué par la nature, à la mère, dans la famille. N'est-ce point elle, à l'exclusion de tout autre, qui pendant les premières années, à cette époque où faible, à peine formé, l'en-

fant a besoin de soins de tous les instants, s'en occupe avec un dévouement sans égal ?

N'est-ce point à elle qu'est dévolu le soin délicat d'ouvrir sa jeune intelligence, de former son jeune cœur, de jeter les premiers fondements de l'éducation qui le doit rendre apte à remplir plus dignement son rôle social ?

Malheureusement, quand il s'agit de l'éducation, du droit de garde, qui cependant rentrent dans les fonctions maternelles, nos lois ne font à la mère qu'une place peu en rapport avec celle qui lui est dévolue par la nature.

Comme nous l'avons déjà dit, sur cet enfant qu'elle élève, son autorité est toute théorique et souvent réduite à néant par la volonté supérieure du père.

Le législateur, après avoir reconnu à la mère, dans les articles 371 et 372 du Code civil, des droits aussi étendus qu'au père, brusquement, dans l'article 373, les lui enlève.

Pourquoi ce revirement subit, qui semble presque une contradiction ?

Le législateur a-t-il ainsi voulu reconnaître à la mère, des droits seulement pour le cas où le père ne les peut exercer ? Rien dans les articles 371 et 372 ne le donne à supposer.

Les commentateurs du Code expliquent cette disposition par la nécessité d'une unité de direction

dans la famille ; le père en étant le chef, ce rôle lui revenait naturellement.

Nous sommes plutôt porté à croire qu'il y a là un souvenir, un dernier vestige de la « *patria potestas* ».

Toujours est-il, que durant le mariage si le père est vivant et capable, le droit de la mère est lettre morte et ne peut pratiquement être exercé par elle (1).

Ce droit cependant existe ; la jurisprudence elle-même le reconnaît (2). Un jugement du tribunal de la Seine, en date du 10 février 1894, déclare que la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée contre la mère, alors même que le père est vivant et présent et reste investi de cette puissance (3).

1. On a tiré argument de l'article 203 pour prétendre que la mère avait un droit de créance contre son mari quant à l'éducation de l'enfant. Cette idée avait été adoptée pour permettre à la femme d'obtenir le divorce, dans une hypothèse où sans motifs le père empêchait sa femme de vivre près de leur enfant commun et de le visiter (Caen, 11 août 1886. *Rev de Rouen*. 87. 2. 116).

2. Il a été jugé qu'une femme devait acquitter intégralement les dettes contractées par le mari *pour frais d'éducation*, sauf à exercer ensuite son recours contre lui. Paris, 3 juin 1842. Dal. V^o Contrat de mariage, n^o 31 et 37. Grenoble, 28 janvier 1836. Dal. *id.*, n^o 1961. Paris, 26 juillet 1862. D. 1862. 2. 112.

3. D. P. 94. 2. 265 et la note.

Un arrêt de Cass. du 21 avril 1898, décide que les pouvoirs du père lui appartiennent seulement comme représentant l'association conjugale, au nom de laquelle il exerce la puissance paternelle. D. Cass. 98. 1. 413.

A l'appui de cette thèse, les motifs nous indiquent les cas où, du vivant du père, pendant le mariage, la mère exerce un certain pouvoir :

Quand l'enfant se veut donner en adoption, le veto de la mère est un obstacle contre lequel vient se briser la volonté du père (art. 346.)

En cas de refus de son mari, quand il s'agit de nullité absolue, la femme peut demander la nullité du mariage de ses enfants (art. 184 et 191).

La mère peut encore accepter une donation à eux faite (art. 935) (1).

Nous ferons remarquer qu'en ces deux derniers cas, d'autres personnes peuvent exercer ces droits concurremment avec elle.

Mais à côté de ces quelques points, combien nombreux sont ceux où son autorité est absolument sans effet.

S'agit-il de déterminer le genre ou le degré d'éducation, intellectuelle, morale ou religieuse à donner à l'enfant ; de choisir le collège, le pensionnat où il

1. On a dit que c'était là une disposition injurieuse pour le père et qu'on empiétait ainsi sur ses droits. Ce à quoi on a répondu que le père pouvait avoir intérêt à repousser la donation faite à son enfant. Il se peut fort bien qu'il soit lui-même présumé héritier du donateur ce qui le porterait à sacrifier l'intérêt de son enfant au sien propre. Ces motifs sont ceux qui ont fait prévaloir l'article 935. (Voir Locré, t. V, p. 351.)

fera ses études ; s'agit-il de fixer la voie où on le dirigera...

Le père seul est grand maître et peut prendre une décision (1).

A lui aussi le droit de conclure pour son fils, un contrat, de tutelle officieuse, d'apprentissage, de louage de services, de déterminer en un mot à quelles mains sera confié l'enfant (2).

La mère muette, doit s'incliner devant la toute-puissance de son mari. Peut-être... émettra-t-elle un timide avis, au grand risque de n'être point écoutée. C'est tout ce qui lui est permis dans l'état actuel de notre législation (3).

Les rédacteurs du Code s'étaient cependant rendu

1. Confér. C. Suisse, art. 276 et 277.

ART. 276. — Les père et mère dirigent l'instruction professionnelle de l'enfant, ils tiennent compte autant que possible de ses forces, de ses aptitudes, de ses vœux.

ART. 277. — Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de leurs enfants. Sont nulles toutes conventions qui limiteront leur liberté à cet égard...

2. D. P. 71. 1. 217 (Cassation).

Dans le *Nouveau Denisart*, t. VII. Education : note 3 on trouve le passage suivant : « Le père comme chef de la société maritale a le droit de décider du genre d'éducation qu'il veut donner à ses enfants, et de choisir les maîtres qui doivent les instruire sans que la mère puisse s'y opposer si ce n'est dans le cas où le père voudrait donner une éducation contraire à la décence et aux bonnes mœurs. »

3. M. Laurent dit que par cela même qu'elle doit à son mari respect et obéissance elle ne peut s'ériger en surveillante de ses actes. Laurent, t. III, n° 41.

compte de la situation précaire faite à la mère dans la famille.

Cambacérès dans le projet déposé à la Convention voulait faire reconnaître *pouvoir égal aux deux époux*. Peut-être, était-ce, alors beaucoup demander?... Toujours est-il que le projet définitif a dépassé les bornes en sens contraire.

D'autres pays, assez nombreux, nous ont montré l'exemple et ont donné à la femme une situation préférable à celle qui lui est faite par nos lois.

En Russie, dans les provinces soumises au Code Baltique, les deux parents ont ensemble la puissance paternelle ; s'ils sont en contradiction, le père l'emporte, mais la mère persuadée que l'opinion de celui-ci peut être préjudiciable à ses enfants, a le pouvoir de saisir le juge de la question. Ce dernier peut alors, si la chose lui semble juste, confier à la mère l'éducation de ses enfants (1).

Cette solution nous semble un peu exagérée ; sans enlever au père l'exercice de son droit, on aurait pu permettre au juge d'intervenir, pour imposer une solution dont l'exécution eût été confiée au père.

Le Code civil allemand a reconnu à la mère le droit d'exercer la puissance paternelle en même temps que son mari (2).

1. D'après Ernest Lehr. *Eléments de droit civil russe*, t. I, page 91.

2. Art. 1634, C. civ. all. Tant que dure le mariage, la mère

« Cette réglementation de la personne de l'enfant, dit l'exposé des motifs du Code civil allemand, en attribuant le soin, pendant la durée du mariage, non seulement au père mais conjointement au père et à la mère, réserve faite toutefois de la prééminence qui appartient naturellement au père en sa qualité de chef, est en harmonie avec la dignité naturelle de la mère et la réalité des faits ; elle aboutit à donner plus d'indépendance, à la situation de la mère vis-à-vis de ses enfants et des tiers et à fortifier son autorité. »

Le Code suisse a repris les dispositions du Code allemand dans l'article 274 (1).

En Amérique surtout, ces idées ont eu un grand succès, et dès longtemps déjà les Etats de Iowa, de Texas, Orégon, Washington, et, depuis le 23 mars 1894, celui de New-York, ont remplacé le pouvoir paternel par le pouvoir parental, c'est-à-dire ont confié en commun et au même titre aux deux époux le pouvoir sur leurs enfants.

Dans de nombreux Etats de l'union américaine,

a concurremment avec le père le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant ; elle n'a pas qualité pour représenter l'enfant, sans préjudice de la disposition de l'article 1685. En cas de divergence d'opinion entre les père et mère, l'opinion du père prévaut.

1. Art. 274 C. civ. suisse. Les père et mère exercent en commun la puissance paternelle pendant le mariage.

A défaut d'entente le père décide etc...

sans avoir des droits égaux à ceux de son mari, la mère comme en Angleterre, comme en Serbie, si elle juge la direction paternelle nuisible à l'enfant a le droit de saisir le tribunal (1).

La Pensylvanie donne même puissance qu'au père, à la mère, qui, par ses propres ressources, pourvoit à l'entretien et à l'éducation de son enfant mineur.

Le législateur français ne pourrait-il prendre exemple sur les législations précitées et donner à la mère certains droits sur la personne de ses enfants?

En notre pays même, nous trouvons déjà des précédents.

Certaines de nos anciennes coutumes donnaient à la mère un droit d'intervention ; ainsi le rappelait Réal : « Quel que soit le devoir que le père manque d'accomplir, l'attribut de la puissance paternelle dont il fasse abus, la mère aura la faculté d'intervenir ».

Mais quel système adopter ?

Du jour au lendemain on ne saurait faire table

1. Loi anglaise du 25 juin 1886. Art 5. « A la requête de la mère de l'enfant, la Cour peut rendre telle ordonnance qu'elle jugera à propos concernant la garde de cet enfant et le droit d'accès de chacun des parents auprès de lui en tenant compte, des intérêts de l'enfant, de la conduite des parents, et des vœux aussi bien de la mère que du père ; la Cour peut modifier, changer ou rapporter ladite ordonnance à la requête de chacun des parents.

rase du passé ; de combien de choses n'a-t-on point à s'inquiéter ?

Ce qui réussit ici peut être détestable là ; chaque race, chaque pays, a ses mœurs, ses coutumes, son génie propres dont on doit tenir compte.

Doit-on, tout en augmentant légèrement l'autorité de la mère, la limiter seulement à un pouvoir de contrôle, ou bien donner aux deux époux pouvoirs égaux ?

La première solution a pour elle les avantages de paraître moins révolutionnaire et de peu changer notre législation.

La mère deviendrait un subrogé tuteur d'une espèce particulière, dont l'influence, grâce à sa situation spéciale serait peut-être un peu plus grande que celle du subrogé-tuteur ordinaire. Cependant, il faut remarquer que le subrogé tuteur jouit d'une indépendance qui n'appartient pas à la femme mariée.

Mais le rôle de la mère ne serait-il pas encore bien réduit ; aucune initiative personnelle ne lui serait permise. Par son intervention, elle pourrait seulement empêcher une décision préjudiciable à l'enfant, mais n'aurait pas la faculté d'en provoquer une favorable.

Le seconde théorie, plus hardie, rencontre une opposition beaucoup plus marquée.

Il est difficile, dit-on, de donner aux deux parents même autorité. Quels conflits incessants les divise-

ront ? A quels tiraillements sera soumis l'enfant ? A quels scandales donnera lieu l'application d'une telle loi, par l'étalage public de misères cachées ?

A ceci, on peut répondre qu'aujourd'hui, où l'autorité de la mère est toute théorique, ces conflits non révélés au dehors n'en existent pas moins. Dans les ménages unis où la mère peut faire entendre ses raisons, les difficultés ne s'élèveront certes pas plus qu'autrefois. Pour les autres serait faite la loi, qui avant tout, suivant le courant de notre législation, doit être protectrice des intérêts de l'enfant.

Le scandale pourrait fort bien être évité ou tout au moins fortement atténué, par l'organisation spéciale de la juridiction chargée de statuer.

Ce second système se rapproche beaucoup de celui préconisé par M. Laurent dans l'avant-projet du Code civil belge.

Certaines personnes poussent même plus loin leurs revendications, et demandent que pendant les premières années, la mère ait un pouvoir supérieur à celui du père et qu'ensuite les pouvoirs des deux parents soient égaux. Cette solution nous semble aller un peu loin. Elle part de ce sentiment que dans les débuts de son existence, l'enfant a besoin de soins que seule sa mère lui peut donner. La femme est là bien dans son rôle et seule elle le peut bien remplir.

Certes, le principe directeur de l'idée est basé sur

des considérations sérieuses, mais il nous semble cependant bien difficile d'écarter aussi systématiquement le père, et plus difficile encore de fixer l'âge auquel la puissance maternelle cédera la place au pouvoir parental. Le développement des enfants est des plus variable. Certains, forts et vigoureux, peuvent de très bonne heure se passer de ces soins attentifs dont d'autres, chétifs et malingres, ont besoin durant de longues années. Certains, de caractère plus difficile doivent dès leur tendre enfance sentir la main plus ferme du père.

Comment une loi pouvait-elle tenir compte de ces différences ? A qui donnerait-on le soin d'apprécier ?

Ce serait, croyons-nous, une complication bien inutile de la législation.

Stuart Mill préconisait un système assez curieux, bien que peu pratique.

Il demandait que l'autorité dans le ménage fût dévolue, tantôt au père, tantôt à la mère. Le contrat de mariage aurait réglé par avance cette espèce de balance qu'il proposait d'établir.

Ce système nous semble absolument impraticable partout ailleurs que dans un pays dont tous les habitants seraient doués de toutes les perfections. En effet, si les deux parents ne s'entendent pas, pendant la période d'exercice de son pouvoir, l'un détruira ce qu'avait fait l'autre précédemment.

M^{lle} Bilcesco, à l'ouvrage de laquelle nous empruntons cette idée, conclut ainsi (1) :

« Que deviendra dès lors, dans l'esprit des enfants, le culte du foyer ? Que restera-t-il du respect dû par eux aux parents ? N'auront-ils point le droit de montrer des préférences et même celui de critiquer les divers systèmes d'éducation ? Le rêve de John. Stuart Mill est impossible dans les sociétés modernes. »

Nous penchons à admettre la seconde solution, qui en l'état actuel des choses, étant donnée la place occupée par la femme dans la société, l'éducation par elle reçue, nous semble seule devoir être acceptée.

L'autorité paternelle deviendrait donc l'autorité parentale.

S'agirait-il de confier l'enfant à une tierce personne, s'agirait-il de le diriger dans une voie ou dans une autre, la mère pourrait se lever aux côtés du père et se faire entendre.

Toujours on pourrait exiger que le père apportât la justification de la consultation de sa femme ; il nous semble même possible, comme sanction, de donner à la mère le droit de demander la séparation

1. M^{lle} Sarmisa Bilcesco. *De la condition légale de la mère*, thèse, 1890

de corps, pour cause d'injure grave (1) quand le père se refuse à prendre son avis (2).

Nous pensons du reste, que la jurisprudence pourrait aujourd'hui même agir en ce sens en se basant sur l'article 203. Cet article ne porte-t-il pas que les époux contractent ensemble cette obligation. Le mot *ensemble* veut certainement dire l'un et l'autre et pourrait être interprété ainsi (3).

En cas de dissentiment, se présente la difficulté de savoir qui va départager les époux.

Ici se fait sentir la nécessité d'une juridiction compétente, à laquelle, nous espérons, que par son tact et son adresse à éviter les difficultés familiales, la mère n'aura recours que pour des cas sérieux et comme moyen extrême. Du reste, la possibilité pour le magistrat de rejeter toute requête injustifiée, enlève tout inconvénient grave à cette ingérence maternelle.

Il est inutile d'ajouter que la femme, restant pleinement capable pour tous les actes relatifs aux

1. Un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 25 mars 1873, décide que le refus du père de laisser baptiser son enfant constitue une injure grave.

2. M. Taudière, à qui nous empruntons cette idée, fait remarquer qu'aujourd'hui ceci est admis sans texte par la jurisprudence.

3. Demolombe, t. IV, n° 9. — Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 285 *bis*, II. — Aubry et Rau, t. VI, § 547. — Vergé et Massé, t. I, n° 220.

droits de famille, pourra, en ce cas, se passer de l'autorisation maritale.

Quelle sera la juridiction saisie ?

Comme cette question doit intervenir à propos de nombreux autres points et comme le sujet est assez vaste, nous nous proposons de l'étudier à part en un chapitre spécial.

Correction

A côté du droit de garde, son complément, le droit sanctionnateur, *le droit de correction*.

Là surtout le rôle de la mère devrait acquérir une importance plus considérable.

Dans ce droit, se retrouve un des derniers vestiges de la *patria potestas* romaine qui donnait au chef de famille la toute-puissance sur les siens.

A l'heure actuelle, sans autre règle que son bon plaisir, le père peut faire incarcérer son enfant, à condition toutefois que celui-ci n'ait pas seize ans, qu'il n'exerce aucune profession et qu'il n'ait pas de fortune personnelle.

Si une de ces trois conditions vient à manquer, le père ne peut plus agir par voie d'autorité ; il lui faut présenter une requête au président du tribunal ; celui-ci, après examen des motifs de la plainte et après en avoir conféré avec le procureur de la République, accorde ou refuse.

Dans ce cas, l'exercice de ce droit est soumis à un contrôle rigoureux et ne présente qu'un danger minime.

Mais quand on agit par voie d'autorité, les abus ne sont-ils point possibles, contre lesquels il faut protéger l'être sans défense qu'est l'enfant ?

Le législateur fait, il est vrai, intervenir l'autorité judiciaire pour l'exécution et même pour le prononcé de la peine (c'est le président du tribunal qui prescrit l'internement de l'enfant). Mais son ordre est de pure forme et il ne peut apprécier les motifs déterminant la requête ; il ne fait que légaliser, ordonner l'exécution pure et simple de la volonté du père.

En fait la jurisprudence s'inspirant du mouvement qui voit dans l'exercice de la puissance paternelle un moyen de protection de l'enfance, interprète la loi de façon à contrôler efficacement la mesure prise par le père.

Partant de ce principe, que l'article 375 du Code civil ne permet à celui-ci d'agir par voie d'autorité, qu'autant qu'il a sujet de mécontentement très grave contre ses enfants, le magistrat ordonne une enquête pour vérifier le bien fondé des griefs invoqués. Ce n'est là qu'un moyen sur l'illégalité duquel il est inutile d'insister et une réforme législative sur ce point serait la bienvenue.

Au début de la Révolution, à ce moment où le sou-

venir des abus de l'ancien régime en cette matière était encore présent à tous les esprits (1), le droit de correction aux termes d'un décret en date des 16 et 24 avril 1790 avait été soumis à une réglementation minutieuse.

De ce décret nous extrayons ces deux articles :

ART. 15.—Si un père ou une mère, ou un aïeul, ou un tuteur, a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal de famille, assemblé au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre et à défaut de parents il sera suppléé par des amis ou par des voisins.

ART. 16. — Le tribunal de famille après avoir vérifié le sujet de plainte pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder une année dans les cas les plus graves.

1. « Les pouvoirs publics mettaient leur autorité entre les mains du pouvoir domestique. Le père de famille avait le droit comme juge souverain de faire enfermer son fils par lettre de cachet, quels que fussent l'âge et la situation de ce dernier. C'est toute l'histoire des lettres de cachet. La requête introduite par le père était rarement repoussée. »

« La seule autorité paternelle, écrit un subdélégué appelé à juger une requête de ce genre, devrait suffire, parce que l'on ne peut pas présumer que la piété et l'amitié paternelles puissent être susceptibles d'aucun préjugé ». Franz Funk Brentano. *Conférence De la vieille France à la France nouvelle.*

L'institution du tribunal de famille dura peu et avec lui tomba le contrôle du droit de correction.

La solution actuelle permettant au père de priver la mère de son enfant sans son assentiment nous semble bien dure. On nous objectera qu'en fait, pour une décision aussi grave, jamais le mari n'agira qu'après avoir pris conseil de sa compagne. Nous répondrons à cela, que la loi doit être faite non seulement pour le cas où les deux époux seraient d'accord, mais aussi pour celui où régnerait le désaccord entre eux.

Nous sommes d'avis que sans inconvénient aucun, le droit de correction par voie d'autorité pourrait être supprimé (1).

Le Code civil hollandais nous a déjà donné l'exemple (2).

1. Tel n'était point d'après Franz Funck Brentano l'avis de nos pères :

« Si l'autorité administrative hésitait à ouvrir la porte des prisons publiques sur la requête d'un père irrité elle s'exposait à des paroles semblables à celles que lui fait parvenir le marquis de Mirabeau :

« Quand l'autorité tutélaire et souveraine se refuse à appuyer l'autorité domestique, elle sait sans doute où prendre les ressorts propres à veiller sur la tête de chaque individu en particulier. Je m'y résigne donc. Mais elle ne pourra refuser un jour à ma vieillesse, qui viendra lui demander compte de la prostitution d'un nom qui avait été transmis sans tache, et que j'avais tâché de conserver tel, son secours pour le dérober du moins à la flétrissure portée par les lois » (Conférence précitée).

2. C. civ. hollandais, art. 357-360. Quel que soit l'âge de

En conservant l'exercice de ce droit par voie de réquisition, nous pensons qu'il serait possible d'exiger que la mère fût entendue par les juges. Si cette dernière ne veut point consentir à l'internement de l'enfant, on peut en conclure que peut-être elle estime pouvoir par son influence l'amener à composition et il sera toujours temps, si elle ne peut arriver à aucun résultat, d'employer cette solution extrême et rigoureuse.

Ce serait là un frein pour le père, un moyen de protection pour l'enfant. Le père, dans un moment de colère, peut saisir le magistrat, celui-ci, ne connaissant l'intéressé que par une enquête plus ou moins productive de renseignements exacts, peut se tromper dans la solution à apporter. Si la mère devait forcément être consultée, cela permettrait au père de réfléchir et de ne point agir inconsidérément.

Nous croyons que cette solution devrait être aussi exigée pour l'emploi du moyen de correction qui consiste à engager l'enfant comme mousse.

M. Laurent, dans l'avant-projet du Code civil belge, sous l'influence du courant étatiste allemand (1),

l'enfant la voie d'autorité est interdite au père, le tribunal tout entier et non seulement le président connaît de l'affaire. L'enfant peut interjeter appel et aucune sanction n'est rendue avant l'audition des parents et du ministère public.

1. M. Lasson, disciple de Hegel, dit :

« La puissance paternelle n'est pas un droit qui appartient

demande pour ce cas l'égalité des deux parents sous le contrôle du magistrat, véritable représentant de l'État.

Autorisation à mariage

Les droits que nous venons d'étudier s'exercent pendant la période où l'enfant incapable de se suffire doit rester dans sa famille.

Bientôt il devient un être autonome ; il veut quitter le nid familial et fonder lui-même un foyer.

Alors dans une idée de protection et de déférence, s'exerce une des dernières prérogatives véritablement actives de la puissance paternelle : « le consentement au mariage » (1).

au père dans l'intérêt des enfants. Le père n'est que le représentant ou mandataire de l'État, il remplit une fonction que celui-ci lui a confiée. »

1. « Nous requérons, disait Portalis, le consentement des père et mère pour le mariage des fils qui n'ont point atteint l'âge de vingt-cinq ans et pour celui des filles qui n'ont point atteint la vingt et unième année. La nécessité de ce consentement reconnue par toutes les lois anciennes est fondée sur l'amour des parents, sur leur raison et sur l'incertitude de celle de leurs enfants. Comme il y a un âge propre à l'étude des sciences, il y en a un pour bien saisir la connaissance du monde ; cette connaissance échappe à la jeunesse qui peut être facilement abusée par ses propres illusions et trompée par les suggestions étrangères. Ce n'est point entreprendre sur la liberté des époux que de les protéger contre la violence

Le Code, dans ce cas, a reconnu à la mère un droit de consultation ; mais dans l'état actuel des choses, ce droit est bien vain, et se réduit à une simple formalité que les enfants sont obligés de remplir.

« Dans une société, dit encore à ce sujet Portalis, toute délibération, toute discussion deviendrait impossible, si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage d'un associé. La prééminence de sexe a partout garanti cet avantage au mari. » (1)

La mère oppose-t-elle un veto *formel* : peu importe, on peut passer outre (2). Encore cepen-

de leurs penchants. Le mariage étant de toutes les actions humaines celle qui intéresse le plus la destinée des hommes, on ne saurait l'environner de trop de précautions. Il faut reconnaître les engagements que l'on contracte pour être en droit de les former. Un époux honnête, quoique malheureux par sa légèreté ou ses erreurs, ne violera point la foi promise, mais il se repentira de l'avoir donnée, il faut dans un temps utile et par des mesures qui éclairent l'âme prévenir ces regrets amers qui la brisent. « (Exposé des motifs. IV, p. 484.)

1. Portalis. *Exposé des motifs*. — Locré, t. IV, p. 488.

2. L'article 173 n'accorde à la mère le droit de faire opposition qu'à défaut du père.

Duranton prétend que l'officier de l'état civil peut, s'il le juge convenable, eu égard aux circonstances et en l'absence de toute opposition de la mère, procéder à la célébration du mariage sans exiger qu'on lui présente le consentement de la mère, quand elle n'a pas fait opposition.

« Le silence de la mère est une présomption de consente-

dant faut-il, avant d'aller plus loin, justifier de la consultation ou accomplir certaines formalités sur lesquelles les auteurs ne sont pas d'accord.

Si la mère est présente au mariage ou si le futur époux apporte son avis consigné dans un acte authentique, il n'y a pas de difficulté. Mais, si elle est absente, il sera bien difficile de savoir si son avis a été réellement requis. Divers auteurs (1) pensent qu'en ce cas il faudrait signifier à la mère un acte respectueux (aujourd'hui remplacé par une notification). Certains autres (2) jugent nécessaire de recourir au ministère d'un huissier puisqu'il s'agit là d'une constatation.

Le point de savoir si la mère non consultée peut faire opposition a fait l'objet de nombreuses controverses. La plupart des auteurs (3) lui refusent ce droit. Il y aurait là, disent-ils, une violation de l'article 173, qui porte que le père et à défaut du père la mère peuvent former opposition au mariage de leurs enfants.

L'opposition de la mère, ajoutent-ils, serait sans

ment, la supposition qu'elle n'a point été consultée par le père n'était pas naturelle. »

1. Valette sur Proudhon, t. I, p. 396, n° 6. — Demolombe t. III, n° 38. — Demante et Colmet de Santerre, I, 210 *bis*.,

2. Laurent, t. IV, n° 312.

3. Demolombe, t. III, n° 39. — Cf. Aubry et Rau, t. V, § 454, note 5. — Laurent, t. IV, nos 312 et 378. — Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 210 *bis*.

but et sans résultat puisque son refus ne pouvant aboutir à empêcher le mariage, les magistrats devraient nécessairement et dans tous les cas donner mainlevée de son opposition.

La question s'est aussi posée de savoir si la mère pourrait demander la nullité du mariage, au cas où l'officier de l'état civil aurait passé outre à la célébration.

Les auteurs qui lui refusent le droit d'opposition ne lui reconnaissent pas, à plus forte raison, celui de demander la nullité ; et la plupart des autres qui admettent le droit d'opposition, refusent à la mère celui de provoquer la nullité.

La mère se trouve en présence du fait accompli, et elle sera sans droit si le père a donné son consentement, qui, aux termes de la loi, l'emporte en cas de dissentiment.

L'utilité de cette prescription obligeant à prendre conseil de la mère n'est certainement point contestable. Pratiquement la mère, qu'on doit nécessairement consulter, peut, par ses avis et ses observations, amener l'enfant à changer sa manière de voir. Si on avait pu la mettre complètement de côté, le mariage ne lui eût été annoncé, — dans le cas où on pouvait craindre son veto — qu'au moment où ses avis ne pourraient plus avoir aucune influence.

L'affection de la mère ne saurait être moindre que celle du père et nous ne croyons pas que jamais,

sauf en des cas très rares, elle empêche inconsidérément le mariage de ses enfants.

« Cette annihilation du pouvoir maternel est funeste, écrit Legouv  , car le coup d'œil de la mère porte ailleurs et plus loin que celui du père. Le père s'inquiète de la fortune, de la carrière, de la position de son gendre ; la mère prend plus de souci des rapports sympathiques qui l'uniraient à sa fille. La mère se laisse peut-être trop séduire aux qualités aimables ; qu'il plaise la voilà plus d'   moitié conquise ; le père écoute trop absolument ce qu'on appelle souvent la raison, c'est-à-dire l'ambition et l'intérêt ; tous deux voient la vérité, mais de profil ; leurs deux points de vue réunis font l'ensemble ; tous deux doivent donc être appelés ; c'est toujours l'application de ce principe fondamental « doubler l'unité (1). »

Nous sommes complètement de cet avis et nous croyons que la mère serait plutôt portée, pour éviter des conflits familiaux, à céder devant la volonté ferme de ses enfants ; un excès de faiblesse, pensons nous, serait plus à craindre que l'excès contraire.

Sans inconvénient, nous semble-t-il, on pourrait établir égalité de traitement pour les deux parents ; la question de partage d'opinions se pose à nouveau ici, mais, pour la résoudre, des solutions spéciales ont été proposées.

1. Legouv  . *Histoire morale des femmes*, p. 318.

Une théorie voudrait donner la prééminence à celui des deux parents dont l'avis serait favorable. A l'appui de cette thèse ses partisans invoquent le courant actuel qui pousse à favoriser les mariages ; de plus, dit-on, on rencontre là deux volontés, dont celle du principal intéressé, contre une. Un argument plus juridique peut encore être invoqué : à l'heure actuelle, dans le cas où il y a seulement des aïeuls dans les deux lignes, l'avis de l'aïeul l'emporte sur celui de l'aïeule, mais la prépondérance de sexe s'arrête là, elle ne s'exerce plus d'une ligne à l'autre. L'article 150 du Code civil déclare que s'il y a « dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement ».

N'est-ce point là un exemple où l'omnipotence masculine disparaît, et ne saurait-on en prendre argument pour édifier le système ci-dessus analysé.

Les partisans de la seconde opinion voudraient, au contraire, voir prédominer l'avis de celui des deux parents qui est opposé au mariage.

« Avant la législation actuelle, qui de vingt-cinq ans a abaissé à vingt et un ans la majorité matrimoniale, disent-ils, le système précédent était tout à fait applicable : Maintenant, les raisons ne sont plus les mêmes. Sans inconvénient aucun, un jeune homme peut attendre, pour se marier, sa vingt et unième année, âge avant lequel il est souvent peu

mûr ; cela lui évitera de contracter une alliance que plus tard il pourra regretter (1).

De plus, avant son service militaire qui pendant deux années va l'éloigner des siens, il sera peu apte à entretenir une famille.

Nous concevons parfaitement la justesse de ce raisonnement, et nous nous contentons d'objecter

1. Il nous a semblé curieux de rappeler les idées de nos ancêtres sur le mariage, c'est pourquoi nous reproduisons ces deux passages d'une conférence de M. Franz Funck Brentano :

« Pour empêcher les mésalliances, les pères de famille, les Parlements, les représentants du pouvoir royal sont toujours d'accord. La répression parfois est de la plus grande rigueur. M. Dupuis, dans son *Histoire des lettres de cachet en Bretagne*, conte le fait d'une jeune fille de la noblesse qui s'éprend d'un paysan, et parvient à l'épouser. Au moment de s'établir chez son mari, elle est arrêtée brusquement et enfermée dans un couvent où elle fut détenue vingt ans.

.

« M. le vicomte de Broc, dans son charmant ouvrage sur la société de l'ancien régime rapporte le trait suivant : « Un conseiller au Parlement de Dijon avait un fils dont il arrangea le mariage. Celui-ci, averti, par le bruit de la ville, se présenta dans la chambre de son père. Il parut en tremblant, c'était la première fois qu'il osait venir sans être appelé.

« — On assure, dit-il à son père, que vous avez résolu de me marier avec une personne dont on désigne le nom. Me serait-il permis de vous demander ce qu'il y a de fondé dans ces propos. »

Le conseiller surpris de cette question répondit sévèrement : « — Mon fils, mêlez-vous de vos affaires. » (Franz Funck Brentano. Conférence précitée.)

que pour les jeunes filles les mêmes raisons n'existent pas, et qu'alors on devrait faire une double législation, ce qui compliquerait la chose.

Mieux vaudrait, ce nous semble, s'en tenir à un troisième système se rapprochant de celui émis précédemment à propos du droit d'éducation. Ce serait de porter le différend devant la juridiction dont nous avons plus haut signalé la nécessité et que nous nous proposons d'étudier en fin de ce travail.

Cette fois, l'enfant, étant en âge de s'expliquer, devrait être entendu.

Cette idée présente une certaine analogie avec la disposition suivante du Code civil italien.

L'article 67 de ce Code dispose en effet qu'en cas de désaccord, le consentement du père suffit, mais il accorde un recours contre la décision paternelle, devant la Cour d'appel, à l'enfant majeur qui l'exerce en personne, et aux enfants mineurs au nom desquels peuvent agir les parents, les alliés et le ministère public.

Dans cette expression générale de parents, certainement la mère se place au premier rang (1).

1. A part l'Italie, toutes les autres législations reconnaissent la prééminence masculine.

Contrat de mariage

Nous ne pouvons terminer ce chapitre relatif aux droits sur la personne de l'enfant, sans toucher à une question très importante. Nous voulons parler de la validité des clauses, insérées dans un contrat de mariage, relatives à l'éducation de l'enfant.

Aujourd'hui, ces conventions sont tenues pour nulles par la jurisprudence.

En ce sens on invoque l'article 1388 du Code civil :

« Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ou des enfants ou qui appartiennent au mari comme chef, etc. »

Cependant, en doctrine, la question a été et est encore l'objet de nombreuses discussions.

Rodière et Pont (1), à l'opinion desquels s'est rallié M. Planiol (2), admettent la validité de ces clauses ; ils enseignent que ce n'est point au mari seul qu'il appartient de déterminer et de diriger l'instruction morale et religieuse des enfants, mais bien au mari et à la femme simultanément ; ils fondent cette idée sur l'article 203, qui impose aux deux époux l'obligation d'élever les enfants (3).

1. Rodière et Pont, I, nos 55 et 57 et 2^e édit., I, 63.

2. Planiol, 3^e édition et 3^e vol., p. 16, n° 799.

3. Marcadé, t. V, p. 402.

A l'appui de leur thèse, ils invoquent encore les articles 148 et 372.

Duranton (1), Troplong (2), Demolombe (3), Aubry et Rau (4), s'élèvent au contraire contre la validité de ces clauses, qu'ils considèrent comme rentrant dans la règle « qui prohibe toutes conventions relatives aux bonnes mœurs, au bon ordre et aux convenances sociales ». De plus, disent-ils, c'est uniquement quant aux biens et pour le côté pécuniaire de l'association conjugale que les époux peuvent faire des conventions particulières (5).

Nous nous rallierions à la première opinion et serions d'avis qu'une loi validât ces clauses du contrat de mariage. Souvent la réalisation du mariage est subordonnée à la condition essentielle de la promesse ferme du futur époux.

Pourquoi permettre à un homme, l'encourager même, à manquer à la parole librement donnée.

Oudot écrivait : « En morale, il faut flétrir le mari, qui au tort d'accepter dans son contrat une telle clause, ajoute celui de tromper une femme qui ne l'a épousé que sous la condition expresse de diriger la foi de ses enfants ; en droit on peut qualifier de

1. Duranton, XIV, n° 120.

2. Troplong, I, n° 61.

3. Demolombe, VI, n° 295.

4. Aubry et Rau, V, n° 504. Texte et note 2 n° 266.

5. Marcadé, V, p. 400.

sévice une telle conduite et autoriser la femme à demander la séparation de corps, pour éviter une maternité qu'elle maudirait au nom de ses croyances religieuses, puisque dans sa pensée elle donnerait le jour à des enfants destinés à la damnation éternelle (1). »

Un jugement du tribunal de la Seine en date du 3 juin 1875 décide que si la femme vient à changer de religion, le mari a le droit de prendre les mesures nécessaires pour garantir les enfants contre l'influence que la mère pourrait exercer sur eux, les élever, les maintenir dans la religion professée par les deux familles et qui avait présidé à l'union des deux époux.

La réciprocque doit être vraie ; la mère est donc réputée consentante à ce que les enfants soient élevés dans la religion du père, lorsqu'aucune convention n'est intervenue sur ce point. Pourquoi ne pas valider ces conventions quand elles existent et pourquoi toujours donner prééminence au père ?

L'interprétation de l'article 1388 est poussée un peu loin. Comme le dit M. Planiol, le contrat de mariage est la charte de famille. La mère, comme le père, en droit, sinon en fait, a la jouissance de la puissance paternelle. En quoi viole-t-on les dispositions de l'article 1388 en y insérant une clause rela-

1. Oudot. *Des droits de famille*, L. 3, t. I.

tive à l'éducation des enfants? Le père ne fait qu'exercer ses droits par anticipation, en indiquant dans le contrat quelle direction il entend donner à celle-ci.

Nous croyons donc que, sans inconvénient aucun, la validation de ces clauses pourrait être accordée. Peu fréquentes à l'heure actuelle, elles le deviendraient peut-être davantage, si leur validité ne pouvait plus être discutée.

CHAPITRE II

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LA PERSONNE DE SES ENFANTS AU CAS OU LE PÈRE AU COURS DU MARIAGE SE TROUVE DANS L'IMPOSSIBILITÉ PHYSIQUE, MORALE OU LÉGALE D'EXERCER LA PUISSANCE PATERNELLE

Pendant le mariage il se peut fort bien que la mère soit en fait par cas de force majeure investie de l'exercice de la puissance paternelle.

Le père peut se trouver hors d'état d'exercer ses droits, par suite :

- 1° *D'impossibilité physique*, quand il est absent ;
- 2° *D'impossibilité morale*, dans le cas d'aliénation mentale ;
- 3° *D'impossibilité légale*, quand il est interdit judiciairement ou légalement.

Nous prendrons ces différents cas successivement pour les étudier en détail.

Absence

L'article 141 du Code civil au titre des absents s'exprime en ces termes :

ART. 141. — Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

Il semble donc que la situation de la mère est très nettement déterminée.

En réalité les questions soulevées ont été très nombreuses et fortement discutées.

Une ancienne opinion, celle de M. Proudhon, consacrée même par la Cour de cassation (1), mais aujourd'hui complètement abandonnée, admettait qu'en ce cas il y avait lieu à tutelle.

« La mère devient tutrice provisoire de ses enfants mineurs, dès le moment que le père est constitué en présomption d'absence (2). »

Les articles 141 et 142 sont les bases sur lesquelles est édifié le système. L'article 141 dit, nous l'avons vu plus haut, que la mère aura la surveillance des enfants mineurs et qu'elle exercera tous les droits du mari quant à l'éducation et à l'administration des biens de ses enfants mineurs. N'est-ce pas là une tutelle. L'article 142 prévoit le cas où l'absence est déclarée et veut en ce cas, si la mère est morte, que le conseil de famille nomme un

1. Cass., 3 décembre 1821. S. 22. 180. — Cass., 4 juillet 1842. S. 42. 1. 401.

2. Proudhon. *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 307.

tuteur provisoire ; elle est donc tutrice provisoire quand elle existe (1).

Ce système est facilement réfutable.

La mère exerce les droits du mari, mais ces droits sont l'exercice de la puissance paternelle et non une tutelle.

De plus l'article 142 ne considère pas le cas où la mère est vivante, mais bien celui où elle est prédécédée, auquel cas il y a déjà une tutelle instituée.

Les conséquences qui découlent de cette opinion sont très graves en ce sens que les biens de la mère seraient grevés d'hypothèque légale et en ce qu'il y aurait lieu d'appliquer toutes les règles de la tutelle : nomination d'un subrogé tuteur, autorisation du conseil de famille, etc.

De nombreux auteurs distinguent : la présomption d'absence et l'absence déclarée. Dans la première période, s'appliqueraient les dispositions de l'article 141 et dans le cas de déclaration d'absence, devrait s'ouvrir la tutelle.

Marcadé (2) pousse même plus loin la distinction.

1. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs du titre de l'absence, déclare qu'il faut appliquer les règles de la tutelle : « Il est conforme, disait-il, aux principes qui vous seront exposés au titre des tutelles, que si la femme de l'absent vit, elle ait la surveillance des enfants. »

Locré. *Législation civile*, t. II, p. 253, n° 11.

2. Marcadé, t. I, IV, p. 179.

Il considère le cas où la femme est mariée sous le régime de la communauté et opte pour la continuation de cette communauté. Alors, doit encore s'appliquer l'article 141.

Mais si elle demande la liquidation, si elle est mariée sous un autre régime alors doit s'ouvrir la tutelle.

La distinction faite entre le cas de continuation de la communauté et celui de dissolution ne nous semble pas devoir être admise.

Si, d'une part, pour décider qu'il y a lieu à tutelle, on se base sur la présomption de mort et sur les dispositions de l'article 141, nous répondrons à cela que ces motifs existent aussi bien dans le cas de continuation de la communauté que dans le cas où elle est dissoute.

Si, d'autre part, on fonde cette théorie, sur l'opposition d'intérêts pouvant exister entre les enfants et leur mère, nous ferons remarquer que cette opposition existera aussi bien dans un cas que dans l'autre.

D'autres auteurs prétendent que, dans tous les cas, la femme doit exercer la puissance paternelle sans modifications dans son essence. Le mariage subsiste, disent-ils, la tutelle ne saurait s'ouvrir (art. 390).

Les adversaires de ce système font remarquer que par suite de l'envoi en possession des héritiers présomptifs, les enfants se trouveront en opposition d'intérêts avec la mère. C'est justement, disent-ils,

pour ce conflit d'intérêts que le législateur a voulu que s'ouvrit la tutelle avec ses mesures protectrices au décès des parents. Parmi ces mesures, se trouve la nomination d'un subrogé-tuteur, chargé de veiller aux intérêts de l'enfant en opposition avec ceux du père tuteur ou de la mère tutrice. Le danger prévu par le législateur est le même après la déclaration d'absence, et le même palliatif devrait y être apporté.

Cette théorie, exposée en dernier lieu, n'a qu'un nombre de partisans assez restreint, et celle où l'on fait la distinction des deux périodes d'absence est aujourd'hui la plus en faveur.

Garde. — Pour le droit de garde peu importe la solution adoptée, aucune difficulté ne se présente ; il n'en est pas de même pour son complément le droit de correction.

Correction. — En général, il est admis que la disposition de l'article 381 limitant le droit de la mère doit être appliquée et que, pour agir, la mère doit s'y conformer et demander l'avis des deux plus proches parents paternels.

Les partisans de la théorie ci-dessus exposée en dernier lieu disent que l'article 381 vise le cas où la femme est veuve ; que l'article 141 doit être interprété restrictivement. Cet article donne à la mère, dans le cas d'absence du père, l'exercice de tous les droits du mari, quant à l'éducation. La mère n'étant ici que le représentant de son époux, il n'est pas

extraordinaire qu'elle ait les mêmes pouvoirs que lui. Du reste, disent-ils, il n'y a pas lieu d'invoquer les motifs qui ont poussé à l'adoption de l'article 381, cet article a été inspiré par la crainte d'une influence étrangère en cas de remariage ; or, dans notre cas, la femme ne peut se remarier (art. 139).

A l'appui de cette thèse, ses partisans invoquent encore un décret, en date du 14 décembre 1870, investissant légalement la mère de tous les attributs de la puissance paternelle, pendant toute la durée de la guerre, quand, par suite des faits, le père était dans l'impossibilité de l'exercer.

On voit par les discussions préexposées combien la véritable situation faite à la mère, en cas d'absence de son mari, est peu nettement déterminée.

Pour trancher ces conflits d'opinion, à notre avis, une solution législative devrait intervenir.

Nous avons déjà, dans notre premier chapitre, à propos du droit de correction exposé nos idées à ce sujet.

Sans inconvénient, nous verrions disparaître l'exercice de ce droit par voie d'autorité ; mais considérant la nécessité d'une sanction au droit d'éducation, nous en laisserons subsister l'exercice par voie de réquisition.

Seulement nous demanderions que tous les impedimenta mis à l'emploi de ce moyen par la mère, en cas d'absence de son mari, soient mis de côté, qu'elle

le puisse exercer sans être obligée de demander l'avis des deux plus proches parents paternels de l'enfant. C'est quand le père est absent et que l'enfant ne sent plus sa présence que la mère a le plus besoin de toute son autorité. En général, il faudrait plutôt prémunir l'enfant contre les faiblesses que contre les sévérités maternelles.

De plus, comme nous l'avons expliqué précédemment, l'intervention judiciaire obligatoire, sans supprimer complètement tous les dangers de cette mesure, les atténue de façon très sensible.

Autorisation à mariage. — L'article 148 du Code civil exige le consentement, et l'article 151 le conseil du père et de la mère suivant que l'enfant est ou n'est pas majeur quant au mariage.

Comment fera-t-on en cas d'absence du père ?

On rentre ici, semble-t-il, dans l'un des cas visés par l'article 149 ; le parent absent étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, on se contentera du consentement de celui qui est présent.

La législation actuelle a prévu le cas et l'article 155 détermine très soigneusement quelles sont les formalités à remplir.

ART. 155. — En cas d'absence de celui des père et mère auquel eût dû être faite la notification, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou à défaut de ce

jugement celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y avait point encore de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix...

Cette disposition nous semble fort sage pour prévenir les fraudes toujours possibles ; de connivence avec l'un de ses deux auteurs, l'enfant pourrait profiter d'un voyage assez lointain de l'autre et le faire passer pour absent de façon à éluder la nécessité d'obtenir son consentement.

Voici donc un cas où notre Code a établi l'égalité absolue de traitement entre le mari et la femme, où la prééminence de la volonté masculine n'existe pas.

Nous pouvons prendre argument de ce fait pour demander que cette égalité soit étendue aux nombreux points que nous étudions. Une seule objection pourrait nous arrêter, à laquelle nous avons déjà répondu : c'est que, dans le cas qui nous occupe, jamais il n'y a lieu de trancher entre deux volontés opposées, d'où différence considérable avec les autres cas.

Adoption. — Aux termes de l'article 346 du Code civil l'enfant mineur de vingt-cinq ans, qui se veut donner en adoption, doit rapporter le consentement

de ses deux parents (1), majeur il doit requérir leur conseil.

En cas d'absence de son conjoint le consentement de la mère suffira-t-il ?

L'article 346, qui vise le cas de décès, n'en dit rien.

Devra-t-on par analogie étendre les dispositions de l'article 155 ?

Rien ne le dit.

Ici encore la situation des deux parents est la même.

Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, la puissance paternelle doit être un moyen de protection de l'enfant, et ce serait peu le favoriser que d'interdire, pendant toute la durée de l'absence une adoption qui peut être avantageuse. L'adoption devant être soumise au tribunal qui sera appelé à se prononcer, tout inconvénient disparaît.

Ici encore, nous demanderons au législateur d'intervenir et de fixer définitivement ce point. L'adoption, étant chose aussi sérieuse que le mariage, pourrait, en cas d'absence, être réglementée de même façon et les formalités devraient être les mêmes, quel que fût celui des deux parents absent.

1. Marcadé a contesté ce point, il considère la disposition de l'article 148 comme devant s'appliquer à l'adoption aussi bien qu'au mariage. (Marcadé, tit. VIII, sur l'art. 346, p. 109).

Le texte est cependant formel et ne permet pas d'admettre cette assimilation.

Emancipation. — Le cas le plus intéressant à étudier est certainement celui où la mère veut émanciper son enfant.

Si le père revient, il se trouvera avoir perdu l'usufruit légal (art. 384).

La mère pourra-t-elle donc faire seule cet acte qui lèse les intérêts de son mari.

Divers systèmes ont été proposés et soutenus.

D'après Proudhon (1) et Toullier (2) la mère ne peut émanciper son enfant qu'après la mort du père ; « à son défaut », porte l'article 477 ; et ils soutiennent qu'il faut traduire ces mots par « après sa mort ».

Un second système admet que la mère pourrait émanciper son enfant, mais seulement au-dessus de dix-huit ans et cela, dit-on, parce qu'elle ne peut pas priver le père de son usufruit légal (3).

« On va même plus loin et on décide que la mère pourrait, comme le père, émanciper son enfant à partir de quinze ans sans toutefois que cette émancipation puisse nuire aux droits du père qui conservera en tous cas le droit de jouissance légale (4). »

1. Proudhon, t. II, p. 425.

2. Toullier, t. II, n° 1287.

3. De Fréminville, t. II, n° 1028. — Marcadé sur l'article 477, II.

4. Bilcesko, thèse précitée, p. 236.

Demante et Demolombe (1) voudraient que la mère ne pût émanciper son enfant qu'avec l'autorisation de la justice au-dessous de dix-huit ans.

Il nous semble impossible de refuser à la mère le droit d'émanciper son enfant. Les termes de l'article 477 « *à défaut du père* » ne s'appliquent pas nécessairement au seul cas de décès du père, mais peuvent s'étendre aussi aux autres cas où le père n'exerce plus la puissance paternelle. Quand même l'article 477 n'accorderait à la mère le droit d'émanciper qu'après la mort du père, ce n'est là qu'une règle générale, à laquelle l'article 141 a apporté une exception, en donnant à la mère, en cas d'absence du père, l'exercice de la puissance paternelle, sans aucune restriction.

De plus, il semble juste de faire passer les intérêts de l'enfant avant ceux du père.

L'émancipation a pour but d'initier l'enfant à la gestion de ses affaires ; c'est pour lui une période d'instruction, qu'il accomplit avant d'être livré à lui-même ; c'est une transition entre l'incapacité et la liberté absolue.

Il nous paraît donc juste d'admettre la capacité de la mère pour ce fait. Les articles 477 du Code civil

1. Demante, t. II, n° 243 bis, IV. — Demolombe, t. II, n° 316.
— En ce sens : Valette, *C. civ.*, n° 105. — Aubry et Rau, *Com.*, I, 129, n° 10.

et 2 du Code de commerce nous semblent dicter cette solution.

Nous voudrions voir ce point fixé dans le sens où l'interprètent la majorité des auteurs, bien qu'en fait, la question n'ait qu'un intérêt médiocre, l'émancipation intervenant rarement avant l'âge de dix-huit ans.

On peut rapprocher du cas d'absence, celui où, sans l'être légalement, les époux sont séparés en fait.

Ce cas n'a pas été prévu par le Code, mais la jurisprudence a montré la voie à suivre, et chaque fois que l'intérêt de l'enfant était en jeu, les tribunaux se sont cru en droit d'intervenir pour limiter le pouvoir du père (1).

Interdiction

Sans être absent, tout en étant au milieu des siens, il se peut que le père soit dans l'impossibilité absolue de diriger ses enfants.

Faible d'esprit, incapable de se conduire lui-même, il a été interdit. En droit la puissance paternelle continue bien de lui appartenir, mais en fait il lui est

1. Bordeaux, 27 février 1874. S. 74. 2. 216. — Trib. de la Seine, 15 décembre 1869. D. 69. 3. 104. — Caen, 11 août 1886, *Revue de Rouen*, 87. 2. 116.

impossible de l'exercer et se sera la mère qui devra prendre en main la direction de ses enfants.

Pothier plaçait sur le même rang le dément et l'absent (1).

Encore faut-il cependant que le père soit interdit légalement ou judiciairement. La mère pourra, si le besoin s'en fait sentir, provoquer cette mesure.

On s'est demandé si, dans le cas où il s'agirait d'un simple consentement à donner, le père ne pourrait le faire dans les intervalles lucides. L'article 512 annule tous les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction, sans distinguer quels sont ces actes et s'ils ont été faits dans un intervalle lucide.

Deux hypothèses se présentent relativement à ce cas :

- 1° La mère est nommée tutrice de son mari ;
- 2° Le tuteur du mari est un étranger.

Dans la première, aucune difficulté.

Dans la seconde, on rencontre une certaine complexité, mais comme l'intérêt pratique de la question se trouve surtout relatif à la gestion des biens, à ce propos nous l'étudierons plus longuement (2).

Pour l'exercice de la puissance paternelle sur la

1. Pothier. *Traité des personnes*, n° 431.

2. Il a été jugé que le droit de surveiller et de faire élever les enfants d'un interdit appartient à la mère, même dans le cas où elle n'a pas été nommée tutrice. C. cass., 1816. — Orléans, 9 août 1817. S. 1817. 2. 422.

personne de l'enfant il semble rationnel de le laisser à la mère.

Les autres questions pouvant s'élever à ce sujet sont les mêmes que celles précédemment étudiées à propos de l'absence, et les solutions à y apporter nous semblent ne point devoir s'écarter de celles ci-dessus énoncées.

Déchéance

Un progrès sensible, dans la voie de la protection de l'enfance, a été réalisé par la loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle, et par la loi du 19 avril 1898, qui a servi à rendre plus souple la précédente.

Nous allons étudier ces deux lois au point de vue de la situation faite à la mère et montrer en quoi elles lui sont défavorables.

La loi de 1889 a établi deux sortes de déchéances : une déchéance judiciaire et une déchéance légale... il résultait des articles 1 et 2 de cette loi que la déchéance encourue était entière et indivisible (1) et avait lieu à l'égard de tous les enfants.

1. M. Courcelle Seneuil, rapporteur au Conseil d'Etat, faisait, à propos de cette loi, remarquer qu'il n'était pas admissible « que l'on put être père à demi, au tiers, au quart. Pour que la condition de l'enfant soit stable, ajoutait-il, il

La loi ne laissait pas aux tribunaux le loisir d'apprécier les cas et les circonstances qui, cependant, peuvent être fort variés. Cette question comporte en effet des différences subtiles et délicates, qu'il est impossible au législateur d'analyser et dont, seul, le magistrat peut tenir compte en connaissance de cause.

La loi de 1898 a tenté d'atténuer ce que la loi précédente avait de trop rigoureux ; elle a, pour la définir en deux mots, institué la déchéance du droit de garde, ce qui implique une déchéance partielle.

Elle a visé particulièrement le droit d'éducation.

« Le but essentiel à rechercher, a déclaré M. Bérenger, est beaucoup moins assurément la privation de l'ensemble des droits résultant de la puissance paternelle, que celle d'un seul de ces droits, celui dont le maintien dans des mains indignes peut être le plus fatal à l'enfant, celui qui comporte l'exercice direct et constant de l'autorité, et implique la direction de l'éducation journalière, c'est-à-dire du droit de garde (1). »

Malheureusement, par un scrupule exagéré, cette loi corrective de celle de 1889 a laissé subsister un article de cette dernière ainsi conçu :

faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre puissance, que celle du père soit, ou ne soit pas. » *Journal Officiel*, 1889, p. 726, 2^e colonne.

1. Bérenger, rapport au Sénat. Annexe, 69^e année, 1898.

ART. 9 § 1. — Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'article 3 saisissent sans délai la juridiction compétente qui décide, si dans l'intérêt de l'enfant la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil ; dans ce cas il est procédé comme à l'article 4 etc.

§ 3. — Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui a prononcé statue par le même jugement, sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la chambre du conseil dans les termes de l'article 5 pour la période du premier âge.

§ 4. — Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ses enfants.

Le législateur a été poussé à voter cet article par la crainte, que le père déchu, continuant à vivre avec sa femme ayant l'exercice de la puissance paternelle, n'exerce en fait son autorité par son influence sur cette dernière.

C'est vraiment trop peu tenir compte des droits de celle-ci. Si le tribunal ne lui accorde pas la dévolution de cette puissance, la tutelle de droit commun peut être organisée, et, par là, la mère sera privée des attributs de la puissance en question.

Dans son ouvrage de la puissance paternelle, M. Taudière étudie et critique cette situation :

« Voici, dit-il, la femme dont le mari est déclaré déchu, qui voit, par le même jugement, régler ses attributs propres sur ses enfants et subira souvent, quant aux droits de garde, d'éducation et de correction, une déchéance véritable, quoique toute de fait. On lui laisse la visite, correspondance, surveillance, droit de critiquer en justice les mesures prises par le tuteur.

« Elle conserve les prérogatives énumérées à l'article 14, et il lui sera possible de mettre fin aux pouvoirs conférés au tuteur ou à l'assistance publique.

« Ces épaves, d'une autorité dont elle ne s'est pas montrée indigne, seront souvent bien inefficaces. » (1).

Chose curieuse et fait digne de remarque, c'est que la mère, écartée de la puissance paternelle par suite de la déchéance de son mari, en reprend de plein droit l'exercice après la mort de celui-ci. Cela tient à ce que cette déchéance est une peine et à ce que les peines doivent être rigoureusement personnelles.

Où la loi est le plus dure, c'est dans le cas envisagé au paragraphe 4 de l'article 9, où la femme, en se mariant avec un homme ayant subi une condamnation entraînant la déchéance, se trouve elle-même

1. D'après Taudière, *op. cit.*

dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle de plein droit et obligée pour la recouvrer, s'il lui survient des enfants, de s'adresser aux tribunaux (1).

Dans ce cas, comme dans le précédent, la mesure contraire ne pourrait-elle point s'appliquer (2) ? la mère exercerait de plein droit la puissance paternelle, sauf aux tribunaux à intervenir et à la lui retirer, si elle en fait un usage préjudiciable aux intérêts de l'enfant.

Dans le cas où l'exercice de la puissance paternelle a été confié à la mère, comment exercera-t-elle cette puissance ? Sera-t-elle considérée comme représentante de son mari ou comme l'exerçant personnellement ?

Cette question présente un certain intérêt en ce sens que la mère, agissant en vertu de son pouvoir

1. Confér. Taudière, *op. cit.* «... Que la présomption soit en ce sens, à l'égard de la seconde femme, voire même à l'égard de la première, s'il a été frappé encore célibataire, qu'il faille à l'une et à l'autre obtenir de l'arbitraire du juge, le libre exercice de ces droits, c'est croyons-nous un excès et un grave abus. »

2. Cette partie de la loi a été préparée par la deuxième sous-commission ministérielle, au rapport de M. le conseiller à la Cour de cassation Gonze.

La rédaction qu'elle proposait était ainsi conçue :

« En cas de déchéance de la puissance paternelle prononcée contre le père seul, la puissance paternelle sera dévolue à la mère. »

Cette disposition n'a pas été maintenue (note du *Recueil général des lois, décrets et arrêtés*, année 1889, p. 309).

propre, est soumise à certaines restrictions, qui ne l'atteindraient pas si elle agissait en qualité de représentante de son mari.

L'opinion qui prévaut, est que la mère exerce cette puissance en vertu de son droit propre et avec les restrictions y apportées par la loi.

La crainte de l'influence occulte du père domine toujours la pensée du législateur et il aurait plutôt tendance à restreindre les pouvoirs de la femme.

Ne pourrait-on point, en lui laissant l'exercice de la puissance maternelle, la lui laisser entière, telle que nous l'avons revendiquée pour elle.

Pourquoi non ? si la nécessité s'en fait sentir, le magistrat serait saisi de l'affaire et pourrait, suivant les circonstances, lui enlever tout ou partie de ses droits. Nous croyons ainsi pouvoir pallier à la dureté de l'article 9 de la loi de 1889.

CHAPITRE III

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LA PERSONNE DE SES ENFANTS APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE OU LA SÉPARATION DE CORPS

Par suite de la mort de son mari, par suite d'une décision judiciaire, emportant divorce ou séparation de corps, la mère peut se trouver investie de la puissance paternelle. Dans ces diverses hypothèses, la situation à elle faite est fort variable, aussi prendrons-nous ces différents cas les uns après les autres.

Mère veuve

Après la mort du père, il semblerait que la puissance paternelle doive tout entière passer entre les mains de la mère.

Il n'en est rien cependant et le Code, par une mesure de prudence exagérée, soumet l'exercice de cette puissance lorsqu'elle appartient à la mère à des règles beaucoup plus rigoureuses que quand elle est exercée par le père.

Nombreuses sont les différentes situations qui peuvent se présenter et faire varier les droits de celle-ci.

La mère veuve peut être investie de la tutelle.

Un conseil de tutelle peut lui être adjoint.

Elle a la faculté de s'excuser.

Si elle se remarie, elle doit prendre certaines mesures pour conserver ses fonctions.

Le conseil de famille décide s'il doit les lui conserver ou non. Dans le premier cas, le mari est co-tuteur.

La mère remariée peut avoir continué ses fonctions sans avoir rempli les formalités prescrites.

Tous ces cas ne présentent que peu d'intérêt au sujet des droits de la mère sur la personne de ses enfants. Nous nous réservons de les étudier à fond dans notre seconde partie, en traitant des droits de celle-ci sur les biens.

Nous nous contenterons ici, d'exposer rapidement les quelques modifications que l'une ou l'autre de ces situations peut apporter à l'exercice de la puissance paternelle.

Education. Correction. — Quand le père vient à mourir, la tutelle s'ouvre ; peu importe que la mère en soit investie ou non, le droit de garde lui reste.

Elle peut choisir et faire donner à son enfant le genre et le degré d'éducation qui lui convient ; c'est déjà quelque chose, certes, mais le droit complémen-

taire de correction ne lui est alors accordé qu'avec des restrictions considérables.

Tandis que le père durant le mariage, ou pendant son veuvage peut, comme nous l'avons dit plus haut, faire interner son enfant par voie d'autorité, sans avoir besoin de l'avis de personne, la mère qui se trouve dans la nécessité de sévir, se voit imposer des formes.

Non seulement, elle ne peut agir par voie d'autorité, mais l'accès de la voie de réquisition lui est rendu plus difficile, elle ne peut faire interner son enfant sans le concours des deux plus proches parents paternels de celui-ci (art. 381). La consultation ne suffit même pas, il faut leur approbation. Oudot⁽¹⁾ exigeait même que le consentement des deux parents fût donné en même temps par tous deux ; d'après lui ils devaient en quelque sorte se constituer en tribunal pour statuer et donner leur opinion.

Si les deux plus proches parents habitent au loin pourra-t-on prendre deux parents moins proches, mais résidant plus près ?

On le décide en général, et certains auteurs ont même prétendu qu'en cas d'urgence on pourrait se contenter de l'avis de deux amis.

Mais qu'arrive-t-il si l'enfant n'a aucun parent paternel ?

1. Oudot. *Du droit de famille*, p. 270.

Les auteurs ne se trouvent pas être d'accord et trois systèmes ont été proposés :

D'après le premier, la mère perdrait complètement son droit de correction (1).

D'après le second, la mère pourrait seule et sans aucun contrôle l'exercer, sauf au président du tribunal à se renseigner soigneusement avant d'accorder l'autorisation (2).

Le troisième, moins absolu, cherche à se rapprocher du droit commun et prétend que l'on devra s'adresser à des alliés ou amis du père, puisque ceux-ci sont admis à faire partie du conseil de famille à défaut de parents (art. 409) (3).

Ce dernier système nous paraît le plus conforme à l'esprit de la loi dont s'écartent les deux autres.

La nécessité de la consultation de deux parents provoque ce fait bizarre qu'en ce cas, la mère naturelle se trouve avoir un pouvoir plus considérable que la mère légitime, puisque cette formalité de l'assentiment des deux plus proches parents paternels ne lui peut être imposé, l'enfant naturel, même reconnu, n'ayant légalement d'autres parents que ses père et mère.

1. Demolombe, t. IV, n° 352.

2. Proudhon, t. II, n° 217. — Allemand. *Des Mariages*, t. I, n° 1391.

3. Laurent, t. IV, n° 282. — Toullier, t. I, p. 483. — Massé et Vergé, t. I, p. 368.

Une question très curieuse se pose pour le cas où la mère veuve est investie de la tutelle.

L'article 381 ne spécifie pas si ces dispositions doivent aussi s'appliquer dans le cas où la mère est tutrice ; n'y a-t-il point alors lieu de faire intervenir la disposition de l'article 468 ; la mère devra-t-elle se pourvoir de l'autorisation du conseil de famille ? Alors se produirait ce phénomène étrange, de la mère tutrice, ayant un pouvoir moindre que la mère non tutrice. Pour le père, la question ne se pose pas de la même façon, grâce à la rédaction plus précise de l'article 380, qui vise le cas de remariage et restreint seulement en ce cas, ses pouvoirs. Or, à la différence de la mère, le père ne peut refuser la tutelle ; il est donc certain que ses pouvoirs ne sont pas réduits.

Nous pensons qu'il y a lieu d'interpréter l'article 381 de façon large et de ne pas soumettre l'exercice du droit de correction par la mère tutrice à cette formalité supplémentaire qui nous semble absolument illogique. Jamais à notre connaissance la jurisprudence n'a eu à statuer sur affaire semblable ; la question ne présente donc qu'un intérêt pratique médiocre, nous avons cependant tenu à la signaler à cause de son étrangeté.

Une discussion assez vive a lieu entre les auteurs, sur la question de savoir si la mère peut abréger la détention de son enfant.

Certains auteurs (1) enseignent la négative. L'article 381 disent-ils ne se réfère pas à l'article 379, qui est spécial au père.

D'après un autre système, la mère pourrait demander la remise de la peine, mais par analogie avec ce qui se passe pour l'internement, l'avis favorable de deux parents paternels serait nécessaire pour l'élargissement : « En effet, dit Marcadé, si une mère après avoir fait enfermer son enfant pouvait le rendre seule à la liberté, on la verrait souvent après une seule nuit passée dans les larmes et les regrets, user promptement de cette faculté, demander presque excuse par ses caresses, à un enfant qui rirait bientôt de son autorité, et transformer ainsi son pouvoir protecteur en une arme fatale à l'enfant et à elle-même (2). »

Enfin un dernier système prétend que la mère pourra pardonner, à son enfant, sans avoir recours à l'avis de deux parents, en profitant des dispositions inscrites à l'article 379, dispositions qui, comme celles de l'article 378, sont générales.

Nous nous rallions plus volontiers à cette dernière idée, comme étant le plus conforme à la pensée de la loi. Il serait illogique, en effet, que le législateur, après n'avoir pas voulu que la mère pût seule

1. Proudhon. *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 247.

2. Marcadé, sur l'article 382.

punir son enfant, ne lui permit pas de pardonner. Personne mieux qu'elle ne connaît son enfant, et ne peut mieux juger si la punition a été assez forte. « Les pères (ou la mère si elle exerce la puissance paternelle), disait l'avocat général Talon, qui exercent leur bonté envers leur enfant sont alors juges souverains. »

Nous avons fait connaître dans les chapitres précédents quelles sont nos idées sur les droits de correction, et nous estimons que les solutions par nous proposées, au cas où le père est absent, pouvaient ici également trouver leur application.

La mère se remarie. — Dans le cas de convol de la mère en secondes noces ses droits se trouvent diminués. Sans admettre avec Dalloz (1), conformément à un jugement du tribunal de Rennes en date du 21 décembre 1840, que la mère a besoin de l'autorisation de son second mari pour exercer la puissance paternelle, il n'en est pas moins vrai que, par le fait de son second mariage, elle se trouve avoir une puissance moindre sur ses enfants.

Le droit d'éducation lui reste intact, il n'en est pas de même du droit de correction, qui, par crainte de l'influence néfaste du second mari, disparaît complètement. La solution nous semble peu convenable et nous ne saurions trop protester contre cette

1. Dalloz. *Minorité*, n° 774.

mesure injuste. Impunément les enfants pourraient se moquer de leur mère privée de tout moyen de sévir.

La crainte de l'influence du nouveau mari est, certes, chose à prendre en considération, mais l'anarchie familiale qui peut résulter du manque de sanction n'est pas à négliger non plus. Peut-être aurait-on pu être moins absolu. Selon nous, la mesure de l'article 381 pourrait ici trouver sa place. La nécessité d'obtenir l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfant, contre-balancerait certainement l'influence à laquelle peut obéir la mère.

Encore, ce nous semble, pourrait-on par réciprocité, au cas où la mère viendrait à disparaître, étendre cette disposition au père remarié et l'obliger, pour remplacer l'avis de sa femme, à demander le concours des deux plus proches parents maternels de l'enfant.

Emancipation. — La mère veuve peut émanciper ses enfants.

Aux termes de l'article 480, un curateur doit être nommé par le conseil de famille, pour assister le mineur dans certains actes.

Le texte de l'article 480 est clair, mais cependant on s'est demandé si de même qu'il existe une tutelle légale ou testamentaire il n'y aurait pas non plus une curatelle légale ou testamentaire.

Tous les auteurs repoussent l'idée de la curatelle

testamentaire parce qu'il n'y a aucun texte de loi sur lequel on se puisse appuyer pour soutenir cette idée.

Mais l'existence de la curatelle légale a été très discutée et les avis ont été partagés.

Certains prétendent que toutes les règles de la tutelle légitime doivent être considérées comme s'étendant à la curatelle.

Une autre opinion admet l'existence de la curatelle légale, mais la restreint au père et à la mère seuls, à l'exclusion des autres ascendants. Quelques auteurs même la réservent exclusivement au père; nous ne saisissons pas la raison pour laquelle est faite cette distinction, qui ne peut se baser sur aucun texte.

Marcadé fait une distinction, suivant que l'émancipation a été accordée durant le mariage par le père (ou la mère exerçant la puissance paternelle), ou après le décès de l'un des époux par le conjoint survivant.

D'après lui (I), dans la première hypothèse, il y aura lieu à curatelle légitime et, dans la seconde, il n'y aura lieu qu'à curatelle dative. Il se base sur ce que l'article 480 parle de conseil de famille et de comptes de tutelle, pour dire que cet article ne vise selon lui que le cas où l'émancipation a lieu après la mort de l'un des époux.

I. Marcadé sur l'article 480, II.

On a répondu à cet argument que le conseil de famille serait constitué aussitôt après l'émancipation et que les mots « comptes de tutelle » s'appliquaient aux comptes du père administrateur légal.

Nous pensons qu'en l'absence de textes, la curatelle légale n'existe pas. Dans la première rédaction l'article 480 portait « que les fonctions de curateur seront, dès le moment de l'émancipation, remplies par celui qui était tuteur », ceci a été supprimé pour être remplacé par la disposition suivante « assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille ».

La mère n'aura donc pas de plein droit la curatelle de l'enfant émancipé par elle (1) ; en fait, souvent le conseil de famille la lui conférera.

Le bénéfice de l'émancipation pourra être retiré à l'enfant par la mère, pour les mêmes raisons qu'il l'eût pu être par le père.

Mère remariée. — « L'incapacité de la femme mariée, dit Laurent, est générale, absolue ; sauf les exceptions admises par la loi, elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation maritale, par la rai-

1. Demolombe, t. VIII, nos 236 à 242. — Aubry et Rau, § 131, notes 4, 5, 6. — Duranton, t. III, n° 678. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 440. — Chardon, *Puissance tutélaire*. — De Fréminville, t. II, n° 1044. — Demante, t. I, n° 238 bis. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 687. — *Adde* : Douai, 22 décembre 1863. S. 1865.2. 13.

son que son incapacité est fondée sur le respect et l'obéissance qu'elle doit à son mari (1). »

D'après cet auteur, la mère, une fois remariée, ne pourrait donc émanciper son enfant qu'avec l'autorisation de son second mari.

D'autres auteurs prétendent que l'autorisation n'est utile que quand l'acte dont il s'agit intéresse à la fois le mari et la femme.

Or, le nouveau mari n'exerce pas la puissance paternelle sur les enfants du premier mariage, et l'émancipation est un des attributs de cette puissance.

La mère est seule juge de l'opportunité de la mesure prise ; elle ne cause aucun préjudice à son mari et elle est tenue envers ses enfants à des obligations dont elle ne peut s'affranchir.

On a objecté qu'il était difficile d'admettre que la mère pût, sans l'autorisation de son mari, faire ainsi cesser la co-tutelle dont il était investi.

A ceci nous répondrons qu'il se peut fort bien que la mère ne soit pas tutrice, et que, dans le cas où il y a un autre tuteur, la mère peut émanciper ses enfants sans le concours de celui-ci ; donc on ne voit pas pourquoi on l'obligerait à prendre l'avis de son second mari, co-tuteur.

1. Laurent, t. VI, n° 38 et t. V, n° 202. En ce sens voyez Arrêt de la Cour de Rennes du 21 décembre 1840. Dalloz. Minorité, n° 774.

Divorce

Le mariage peut se dissoudre, non seulement par la mort d'un des époux mais encore par le divorce.

Il est curieux d'étudier la situation faite à la mère pendant l'instance et ensuite après le prononcé du jugement.

Pendant l'instance en divorce la situation est réglée de façon générale par le Code. L'article 240 donne au tribunal toute latitude pour agir dans l'intérêt des enfants. Si les magistrats le jugent à propos, l'enfant peut être confié à la mère qui, dans ce cas, exerce la puissance paternelle (1).

Cependant, durant cette période, quelques questions s'élèvent. Nous les retrouverons plus loin à propos du divorce prononcé, aussi les étudierons-nous à ce sujet.

Antérieurement au Code, des arbitres de famille devaient décider à qui serait donné l'exercice de la puissance paternelle.

Les rédacteurs du Code n'ont pas accepté ce système et en ont admis un autre fort peu complet.

1. Cass., 3 janvier 1893. S. 93. I. 251. — Cass., 28 février 93. S. 93. I. 357.

Trois points seulement : la garde (art. 302), la surveillance (art. 303) et la jouissance légale (art. 386) ont fait l'objet de leurs études.

Un seul point : l'autorisation à mariage a été élucidé par les lois postérieures (art. 152, loi du 20 juin 1896, et loi du 21 juin 1907).

Comme ces points sont seuls traités, comme le législateur n'a mentionné, dans le Code et dans les lois postérieures, qu'un seul mode de dissolution du mariage, une controverse est née :

Le législateur a-t-il entendu laisser au mari l'exercice de la puissance paternelle sur les points non visés par lui ?... a-t-il entendu le laisser aux deux époux ?... ou seulement à celui qui aura la garde ?...

De là, de nombreux systèmes qui ne rentrent point dans notre étude et dont, pour mémoire, nous nous contenterons de mentionner les principaux.

Ce sont ceux de Zachariæ, Massol, de M. Huc, de MM. Laurent, Vraye et Gode (1).

Au début de la mise en application du Code, la jurisprudence avait adopté un système qu'elle a trouvé bon de changer par la suite.

Elle considérait le père comme devant continuer à exercer la puissance paternelle.

1. Voir Nicolesko. *Condition juridique des enfants après le divorce de leurs père et mère en droit français, allemand et roumain*. Thèse, 1904.

« Le divorce peut avoir pour effet de diviser la puissance paternelle qui, pour être exercée librement, ne doit reposer que sur une tête.

« La mère a toujours sur son enfant une autorité morale, mais tant que le père vit et jouit de ses droits civils, lui seul a l'autorité légale. Qu'arriverait-il si la mère, sous prétexte que le divorce a dissous le mariage, entrait en partage de la puissance paternelle. La puissance de la mère et celle du père, qui devraient être naturellement égales, se paralyseraient l'une et l'autre et se changeraient au grand détriment du mineur, en une véritable impuissance. » (1).

Par la suite, la jurisprudence adopta une nouvelle façon de voir.

« La puissance paternelle appartient tout à la fois au père et à la mère, et si le père l'exerce seul pendant le mariage, chacun des époux après le divorce en reprend l'exercice sous la surveillance de l'autre époux et le contrôle des magistrats (art. 302, 303, 372, 373).

« En cas de conflits entre les droits égaux des époux divorcés, il appartient aux tribunaux de le trancher en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant mineur. » (2).

1. Cour de Paris, 1^{er} mai 1813. — Constant. *Code du divorce*, t. I, p. 69.

2. Grenoble, 24 juillet 1900. Sirey, 1^{er} cahier 1903. — Dans

Nous allons étudier, d'après le système actuel, la situation familiale sur les différents points non fixés par le Code, et sur lesquels la jurisprudence doit statuer.

Tout d'abord, il nous semble que si le droit de garde a été attribué à la mère, son complément le droit de correction ne saurait lui être refusé. Certains auteurs (1) n'ont cependant pas craint de prétendre que le droit de correction est un droit spécial attaché à la qualité du père (2) qui, seul, le pourrait exercer. Cette théorie qui nous paraît fausse, se base sur l'article 381 et sur cette considération que la femme est facilement irritable et cède souvent à sa première impulsion.

« Pendant la vie du père, on ne peut appliquer l'article 381, car le père est vivant et peut bien remplacer le conseil de famille par son droit de surveillance, et puis, il n'y a pas de danger, car aujourd'hui avec le système de la jurisprudence de n'admettre la correction qu'à la suite d'une enquête, la mère, et

le même ordre d'idées : Cass., 9 mars 1856. S. 56. 1. 408. — Cass., 30 mars 1859. S. 59. 1. 661. — Cass., 29 avril 1862. S. 62. 1. 945.

1. Vraye et Gode. *Le divorce et la séparation*, n° 753.

2. Il a été jugé que le père ne pourrait user du droit de détention réglé par l'article 376 du Code civil, contre une fille qui, pendant l'instance en divorce, quitterait la maison du père pour aller habiter avec sa mère. (Bruxelles, 2 pluviôse an XII.)

même le père, ne peuvent se passer de l'assentiment du tribunal (1). »

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau prétendent que l'époux, qui a la garde, doit avoir la correction, toutefois la mère ne l'a qu'en se conformant aux dispositions de l'article 381.

M. Hue (2) soutient une opinion différente. Puisque l'article 303 attribue le droit de surveillance au père comme à la mère, tous deux doivent avoir le droit de correction qui en est le complément naturel.

On conçoit difficilement ce système qui, en cas de divorce, serait presque inapplicable faute d'entente entre les deux époux.

.

Nous allons maintenant étudier rapidement quels sont aujourd'hui, d'après la jurisprudence, les pouvoirs de la mère dans les différentes hypothèses qui se peuvent présenter en cas de divorce.

A. — *Enfant confié à l'époux gagnant.* — Si gain de cause a été donné au père et si l'enfant lui a été confié, la mère conservera son droit de visite et de surveillance qui pourra être réglementé par le tribunal.

Au besoin, celle-ci, bien que coupable pourra

1. Nicolesco, *op. cit.*

2. Cassation, 12 juillet 1895. S., 1896. 1.476.

agir pour que la garde des enfants lui soit confiée ou soit donnée à un tiers (1).

Un jugement du tribunal de Rouen, en date du 7 juin 1899, admet même que pour des cas sérieux, tels que la maladie de l'enfant, le juge des référés peut prendre des mesures afin de modifier celles prises antérieurement et permettre à la mère de voir son enfant plus souvent, en dehors des jours et heures fixés.

Si la mère a eu gain de cause elle exercera la puissance paternelle sous les mêmes restrictions qui étaient apportées en sa faveur dans le cas où le mari gagnant avait la garde.

Une question se pose cependant. Le père pourrait-il sans l'assentiment de la mère émanciper l'enfant commun ?

La jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour répondre : oui ; toutefois, ils admettent que le père ne doit point voir là un moyen d'éluder les dispositions du jugement et ne doit point chercher à en faire un usage frauduleux (2).

B. — *Enfant confié à l'époux coupable.* — Si le divorce a été prononcé aux torts du père et si, malgré

1. Paris, 4 juillet 1894. *Gazette des tribunaux*, 29 et 30 octobre 1894. — *Le Droit*, 17 septembre 1886.

2. Cass., 12 juin 1891. *Gazette des Trib.*, 10 juillet 1891. — En ce sens, Goirand. *Divorce*, p. 202. — Demolombe. *Puissance paternelle*, n° 405. — Marcadé sur l'article 477.

tout la garde de l'enfant lui a été confiée, la mère aura néanmoins les droits : d'éducation, de correction, de consentement au mariage et à l'adoption, de visite et de surveillance. Certains de ces droits (nous devons le faire remarquer) : éducation, correction, surveillance, ne pourront être exercés par elle qu'en concurrence avec son mari qui agit alors en qualité de gardien.

Si, au contraire — le cas est assez fréquent — la mère coupable a obtenu la garde de ses enfants, elle aura également le droit d'éducation et de surveillance, mais elle devra prendre l'avis de son ex-mari.

En sa qualité de mère, elle ne pourra exercer que son droit de surveillance.

Autrefois, une difficulté se présentait à propos de l'autorisation à mariage. Aux termes de l'article 152, en cas de dissentiment, l'avis de l'époux, au profit de qui le divorce était prononcé et auquel la garde était confiée, devait prévaloir. Or, en l'espèce qui nous occupe, les deux qualités ne pouvaient se trouver réunies en la même personne.

Divers systèmes avaient été proposés pour résoudre cette difficulté.

Le législateur, par la loi du 21 juin 1907, a donné le remède à cette situation.

« Celui des deux parents qui consent au mariage

peut citer l'autre devant le tribunal de première instance, et c'est le tribunal qui les départage. Les débats ont lieu en chambre du conseil et le jugement est rendu à l'audience ; il est en dernier ressort le tribunal compétent est celui du domicile du parent qui a la garde de l'enfant. »

C. — *Enfant confié à un tiers.* — Dans cette troisième hypothèse, l'époux qui aura obtenu le divorce à son profit aura le droit d'exercer la puissance paternelle, sauf toutefois à tenir compte des quelques attributs laissés par la loi à l'époux coupable : surveillance, visite, etc.

D. — *Cas où les deux époux sont coupables.* — Qu'arrive-t-il alors ? Le Code est muet à cet égard, il paraît donc légitime de laisser aux tribunaux la plus grande liberté d'action. Ce sera à eux à répartir la puissance paternelle au mieux des intérêts des enfants comme existants sous le régime de la loi de 1896.

La difficulté déjà signalée pour l'autorisation à mariage se présentait ici de façon presque insoluble, aucun des deux parents ne réunissant les qualités nécessaires : garde et innocence.

Les auteurs avaient cherché une solution, et fini par être d'avis de se rapporter purement et simplement à la règle ordinaire de l'article 148.

La loi du 21 juin 1907 est venue apporter une solution à cette situation.

Si les époux se réconcilient avant la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état-civil, rien des mesures judiciaires ne subsiste ; la situation normale se trouve rétablie de plein droit. Il nous semble qu'il en serait de même, au cas où les deux époux, après le divorce devenu définitif, contracteraient une **nouvelle union** entre eux.

Il faut aussi prévoir le cas plus fréquent de remariage avec une personne étrangère. Si le père, au profit de qui a été prononcé le divorce, se remarie, la situation n'est point changée, sauf pour l'exercice du droit de correction qui ne peut plus avoir lieu que par voie de réquisition.

Si c'est la mère gagnante qui convole en secondes noces, elle perd complètement le droit de correction (ce contre quoi nous avons protesté).

S'ils deviennent veufs l'un et l'autre, à notre avis, ils recouvrent leurs anciens droits. (Ce cas cependant est controversé) (1).

Si c'est l'époux coupable qui se remarie, ses droits ne seront point diminués.

Séparation de corps

La séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle peut à certaines conditions être transformée en divorce.

1. Paris, 24 juin 1892. S. 93. 2. 228 (*muet*).

Le législateur de 1804 a été absolument muet en ce qui concerne la séparation de corps.

« Dans le silence absolu de la loi sur le droit de garde, dit M. Taudière, il semble qu'en droit pur et théoriquement au moins on doit s'en tenir à la règle de l'article 373, puisque le mariage n'est pas dissous, le père, même indigne, contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, devrait être maintenu dans toutes ses prérogatives sur la personne, comme sur les biens de ses enfants, quelque préjudiciable que cela peut être pour eux. »

Tel n'est point l'avis de la jurisprudence, qui agit de façon semblable dans le cas de divorce ou de séparation de corps, en partant de ce principe qu'il faut sauvegarder les intérêts de l'enfant.

Nous croyons cette solution — qui laisse aux tribunaux une grande liberté d'appréciation — la meilleure, à cause de sa souplesse même. Elle leur permet d'envisager chaque cas particulier, et de le solutionner de façon équitable, ce que ne pourrait faire une loi générale.

Cet état actuel de la jurisprudence ne satisfait point cependant certaines personnes, qui, en cas de divorce ou de séparation de corps, voudraient voir confier à la mère (sauf indignité absolue) la garde de l'enfant, jeune garçon ou jeune fille.

A première vue, cette idée semble devoir être repoussée comme exagérée. A la réflexion, en se pénétrant bien des arguments qui l'appuient, on voit

que, cependant, elle est basée sur des raisons très sérieuses.

Le père, disent les partisans de cette opinion, est inapte à entourer le jeune enfant des soins nécessaires; plus tard même, absorbé par le souci de ses affaires, il a peu le temps de suivre et de diriger son éducation.

Au contraire, la mère, dont c'est le rôle et la fonction naturelle, qui, en général, jouit d'une liberté plus grande, aura plus de loisir pour s'occuper de lui et, guidée par son instinct maternel, saura mieux ce qui lui convient.

Pour notre part, nous combattons cette idée. Nous ne nions pas que, pendant l'enfance, la mère ne puisse conserver et élever ses enfants préférablement au père; pour une jeune fille même la solution peut être excellente, car le père est peu apte à la diriger, et à la préparer à remplir convenablement son rôle de femme. Mais pour un jeune homme, la solution ne se présente pas de la même façon; nous pensons que la direction paternelle, plus ferme, est nécessaire à un certain âge où celui-ci a besoin d'être maintenu et dirigé pour acquérir un caractère plus viril. Souvent la mère, trop douce et trop tendre, pardonnera à son fils ses petites incartades, souvent dans son aveuglement maternel elle le verra trop parfait et s'inclinera devant ses moindres désirs.

A côté de ces considérations d'ordre général, nous en ferons entrer d'autres d'ordre plus particulier.

Dans les classes aisées, où la mère n'a d'autre occupation que la direction de son ménage, la mesure pourrait être bonne. Mais justement dans ces classes de la société, à un certain âge, les enfants quittent la maison paternelle pour le collège ou la pension où doit se faire leur éducation.

Dans la classe ouvrière la mesure est, à notre avis, inapplicable de façon efficace. Presque toujours, la mère, n'ayant point les ressources nécessaires, ne pouvant, très souvent, travailler chez elle, doit se rendre à l'atelier, chez des étrangers. Les enfants resteront donc seuls à la maison.

Puis la modicité de la rétribution de la main-d'œuvre féminine lui laissera-t-elle les ressources suffisantes pour élever sa famille. On objecte, il est vrai, la pension que le père peut être obligé de verser à son ancienne épouse. Cette pension, variable avec les ressources des uns et des autres est parfois bien modique et certainement insuffisante pour permettre à la mère de s'occuper exclusivement de ses enfants.

De plus, si les torts sont du côté de la mère, il nous semble dur de priver le père des droits qu'il avait durant le mariage, sans qu'il ait rien fait pour les perdre.

Cette mesure nous semble donc inapplicable, et

nous croyons que l'état de choses actuel permettant aux magistrats d'être juges de la solution la plus favorable, en tenant compte de toutes les circonstances, est certainement préférable à toute autre (1).

Annulation ou dissolution du second mariage. —

La mère non maintenue dans la tutelle peut-elle la redemander ?

Elle n'y rentre pas de plein droit, mais le conseil de famille pourra la lui rendre (2).

La mère recouvrera-t-elle le droit de correction ?

Non, répondent certains auteurs, ce droit est définitivement éteint (3).

La crainte de l'influence du second mari ne peut cependant subsister; une fois le second mariage dissous, la mère se trouve être dans la même situation qu'avant, répondent d'autres auteurs, partisans de l'idée de la réintégration de plein droit de la mère dans l'exercice de cet attribut de la puissance paternelle (4).

1. Trib. de la Seine, 27 janvier 1886, sous Paris, 17 juillet 1886. S. 88. 2. 129. — Troyes, 30 décembre 1885, sous Paris, 15 avril 1886. S. 86. 2. 182.

2. Le Code civil hollandais, article 406, admet la réintégration de plein droit de la mère dans la tutelle.

3. Demolombe, t. VI, n^{os} 323 et 324. — Demante et Colmet de Santerre, t. II, n^o 426 bis. — Massé et Vergé, t. I, n^o 367.

4. Toullier, t. II, n^o 1058. — Vazeilles. *Du mariage*, t. II, n^o 425. — Marcadé sur l'article 375, II. — Aubry et Rau, § 550, note 19.

Deuxième Partie

Droits de la mère sur les biens de ses enfants

CHAPITRE IV

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DE SES ENFANTS AU COURS DU MARIAGE

Dans notre première partie, nous nous sommes occupé des droits de la mère sur la personne de son enfant. Nous allons maintenant étudier les droits de la mère sur les biens de celui-ci.

Administration

Il est assez rare que, durant le mariage de ses auteurs, l'enfant ait personnellement des biens. Le fait peut cependant se présenter.

« C'est un parent qui a laissé un souvenir à un enfant, un parrain qui a voulu gratifier son filleul, un ami de la famille qui a laissé un legs particulier. » (1)

1. *Journal officiel*. Sénat, samedi 17 février 1880. Journal du 18, p. 1872, 1^{re} colonne.

Qui va gérer cette fortune personnelle de l'enfant ? Dans l'état actuel de la législation, la question ne se pose même pas. Le père, qui est le chef de famille, administrera les biens de ses enfants mineurs en vertu de la puissance paternelle.

Durant le mariage, la mère, qui, très souvent, ne gère pas elle-même ses biens, n'a rien à voir dans l'administration de ceux de ses enfants.

Les pouvoirs du père sont donc très étendus, sans contrôle aucun. Sans doute, presque toujours, son affection pour ses enfants le portera à gérer très soigneusement leurs biens, mais il peut être très mauvais administrateur de ses biens personnels et par conséquent de ceux qui lui sont confiés.

« Savez-vous, disait le sénateur Cazagne à une séance du Sénat le 17 février 1880, dans quels cas l'enfant pendant la vie de ses père et mère possède une fortune ? C'est quand le père a déjà commencé à être suspect aux yeux de sa propre famille. Songez que l'on ne passe pas dessus la tête du père, pour arriver à celle de l'enfant, que lorsque le père a déjà donné des marques de prodigalité, d'inconduite et de dissipation. En un mot, voilà le père qui est mauvais administrateur, alors c'est le grand-père qui lègue la quotité disponible à son petit-fils... » (1)

1. *Journal officiel*. Sénat, séance du 17 février 1880. *Journal* du 18, p. 1871.

Ce n'est point, comme nous l'avons dit précédemment, la seule cause pour laquelle l'enfant possède des biens, mais cette idée n'en est pas moins très juste et, à notre avis, un contrôle efficace de la gestion du père ne serait point chose nuisible.

Les auteurs l'ont fort bien compris et, pendant longtemps, on avait soutenu que les lois relatives à la tutelle devaient s'appliquer. « L'article 389, a-t-on dit, fait partie du chapitre de la tutelle. Or un seul article ne peut contenir toutes les règles relatives à l'administration du père. L'administrateur légal, comme le tuteur, est chargé de gérer les biens du mineur et le silence du législateur, sur les formes de cette gestion, serait inexplicable, s'il n'avait pas eu l'intention de lui appliquer toutes les règles qu'il a posées pour la tutelle ; c'est ce qu'il a fait comprendre en plaçant l'article 389 dans le chapitre de la tutelle. »

Au contraire, Zachariæ et son commentateur allemand, Anschütz, s'appuyant sur ce que le troisième alinéa de l'article 389, ainsi conçu dans le projet du Code : « Tout ce qui concerne la propriété sera réglé par la disposition de la section VIII », a disparu dans la rédaction définitive, en tirent argument pour prouver que le législateur n'a pas voulu soumettre le père aux restrictions imposées au tuteur et que, par conséquent, ses pouvoirs sont illimités.

Ce à quoi les interprètes français répondent unanimement que c'est pousser trop loin les inductions à

tirer de la suppression de ce paragraphe ; que le père, n'étant qu'administrateur, ne peut user de son pouvoir pour gérer comme un propriétaire.

Après de nombreuses controverses entre les auteurs et luttes dans la jurisprudence, la solution actuelle s'est fait jour. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1867 déclare :

« Que les règles de la tutelle ne sont point applicables en général au père administrateur légal, pendant le mariage, des biens de ses enfants mineurs ; que, notamment, la loi n'a pas entendu le soumettre à l'intervention et au contrôle d'un conseil de famille ; que cela résulte, avec évidence, des circonstances et des déclarations qui ont accompagné l'introduction dans le Code de l'article 389. »

Cet article n'existait pas, en effet, dans le projet primitif du Code, c'est le tribunal qui l'y a fait introduire.

Il résulte de l'esprit dans lequel il a été rédigé, que le père ne peut être considéré comme tuteur de ses enfants. Leroy, un des membres du tribunal, disait : « La nature a fait des parents les plus sûrs défenseurs de leurs enfants tout en les faisant leurs amis les plus tendres ».

La jurisprudence depuis, a été constante (1).

1. Amiens, 1^{er} mars 1883. D. 84. 2. 150. — Dijon, 31 décembre 1891. D. 92. 2. 233 et la note de M. de Loynes. — Dijon, 13 juin 1900. D. 11. 2. 46. — Bordeaux, 23 janvier 1901.

Tout en admettant que les pouvoirs du père ne sont pas illimités, il n'en reste pas moins vrai qu'ils sont très grands, et nous avons déjà dit qu'un contrôle sérieux ne serait point nuisible.

La tutelle ne s'ouvre pas, cela est certain, aussi ne demandons-nous pas que le père soit assimilé à un tuteur. Nous voudrions voir la mère investie d'un pouvoir de contrôle ; ne pourrait-on pas, par exemple, exiger sa signature à côté de celle de son mari.

On invoquera la nécessité d'une unité de direction. Nous avons eu déjà l'occasion de dire ce que nous pensions de cette objection.

Il est à craindre, nous le savons, que le mari, par l'influence qu'il exerce sur sa femme, ne pousse celle-ci à donner sa signature, mais nous espérons que ce fait ne se présentera que rarement. La soumission conjugale n'est plus ce qu'elle était autrefois, la femme moderne est plus indépendante, plus habituée à penser, à agir par elle-même et sait au besoin ne pas s'incliner servilement devant son mari ; de plus nous croyons que l'intérêt tout maternel qu'elle porte à ses enfants sera pour elle un précieux stimulant.

La difficulté contraire, d'une opposition injustifiée aux idées du père, peut aussi se présenter. La ques-

tion déjà signalée en plusieurs occasions se représente à nouveau. Qui va les départager ?

Nous avons déjà insisté sur la nécessité d'une juridiction spéciale pour trancher cette sorte de conflit et nous n'y reviendrons pas.

Du vivant du père, au cours du mariage, la mère peut fort bien avoir l'administration des biens de ses enfants. Cela arrive quand un donateur ou un testateur veut, en donnant des biens à l'enfant, les soustraire à l'administration du père.

La question a donné lieu à de nombreuses et vives discussions, mais, aujourd'hui, l'affirmative prévaut (1), partant de cette idée que l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle qui peut être exercée à part, les droits sur les biens ne procédant pas du même principe que les droits sur la personne.

Etant donné l'état de choses actuel, il y a là quelque chose de choquant à voir le père dépouillé de ses droits au profit de sa femme, et il semble logique, si celui-ci peut établir que le but du donateur ou du testateur était de satisfaire une vengeance ou

1. Chateauroux, 6 mars 1894. D. 95. 2. 75. — Lyon, 12 février 1897 (voir cependant *contra* : Lyon, 13 mars 1897). *Gaz. des trib.*, 9 septembre 1897. — Cass., 26 mai 1856, D. 56. 1. 320. — 9 janvier et 3 juin 1872. D. 72. 1. 128 et 241. — Orléans, 5 février 1870. D. 70. 2. 49. — Nancy, 12 novembre 1874. S. 75. 2. 44.

sa haine et si l'intérêt de l'enfant l'exige, de voir le tribunal lui rendre cette administration.

Quand la femme administre les biens de son enfant mineur, il ne lui faut certainement pas demander, pour chaque acte à accomplir, l'autorisation de son mari.

Nous croyons cependant que pour accepter la gestion des biens de l'enfant, à défaut d'autorisation maritale, celle de la justice lui est nécessaire. Cette disposition ne nous semble pas devoir prêter à critique ; nous l'avons simplement indiquée pour en prendre argument contre ceux qui prétendent les femmes incapables de gérer une fortune.

Si la jurisprudence leur reconnaît capacité dans ce cas particulier, pourquoi donc ne pourrait-elle la leur reconnaître de façon plus générale.

Jouissance

On a dit souvent que l'administration légale était une charge, et que le législateur avait pour l'en dédommager donné au père, pendant le mariage, la jouissance légale sur tous les biens de ses enfants mineurs sauf restriction.

Certains biens, en effet, sont exclus de cet usufruit ; ceux acquis par le travail ou industrie séparée (en souvenir sans doute du pécule romain), ceux donnés sous la condition de non-jouissance du père,

ceux recueillis dans une succession par suite d'indignité des parents.

Cet usufruit peut s'éteindre de façon particulière, soit que le mineur ait atteint dix-huit ans, soit par son émancipation.

Au cours du mariage le père gérant des biens de l'enfant a seul la jouissance de cet usufruit ; aucune partie des revenus ne profite à la mère.

Il y a là, disent certaines personnes, une iniquité criante : Si l'usufruit légal est la récompense des soins donnés à l'enfant, la mère, dont la tâche est souvent plus lourde que celle du père, devrait aussi y avoir part.

Il nous paraît très difficile d'admettre cette idée.

L'esprit du Code nous semble en ce sens que ses rédacteurs ont simplement eu la pensée d'éviter au père les ennuis d'une administration tutélaire, s'en remettant à son affection paternelle pour la bonne gestion des biens. C'est du reste l'opinion généralement admise que l'usufruit légal n'existe que pour dispenser le père de rendre compte.

Les revenus de l'enfant doivent pour la plus grande partie être employés dans l'intérêt de celui-ci ; ce qui en restera servira à la famille entière.

Cependant, on donne comme argument pour repousser cette idée que l'usufruit peut être séparé de l'administration, ce qui arrive quand la mère veuve

n'est point tutrice ou quand le père est absent ou interdit.

Ce sont là, à notre avis, des cas tout à fait spéciaux, qui ne peuvent avoir rien de commun avec celui qui nous occupe. Nous pensons que cet usufruit, dans l'esprit des rédacteurs du Code, devait profiter également aux deux époux.

Au cours du mariage, la femme administre rarement ses biens, et ses revenus servent, en général, à l'entretien familial. A la dissolution de l'union conjugale sous le régime de communauté, les revenus de l'enfant, non dépensés, étant tombés dans la communauté, la mère en aura sa part.

Sous d'autres régimes, nous ne nions pas que l'injustice ne se fasse sentir à la dissolution du mariage, puisque tous les revenus économisés appartiennent au père seul ; dans ce cas alors, il semblerait juste de donner à la mère la moitié des revenus économisés. Mais alors, on en arriverait à rétablir ce que l'on a voulu éviter, c'est-à-dire une véritable organisation tutélaire par suite de la reddition de compte devenue nécessaire.

Tout ce que l'on peut demander dans cet ordre d'idées, ce serait de permettre à la mère de veiller à ce que les fonds soient employés à l'entretien, et à l'éducation de l'enfant conformément à sa situation de fortune, et lui permettre dans le cas où le mari

commettrait des abus, de saisir la juridiction que nous nous proposons d'étudier plus loin.

La jouissance légale a fait naître certaines questions que nous pouvons passer sous silence.

On s'est demandé si pendant le mariage le père pouvait renoncer à l'usufruit légal au profit de sa femme.

M. Laurent le prétend parce que, dit-il, l'usufruit légal n'est pas d'ordre public. Zachariæ (1), en argumentant des mots de l'article 1388, arrive à la même conclusion. La première partie de cet article ne parle que des droits relatifs à la personne de la femme et des enfants ou aux droits des époux ; elle ne s'occupe pas de ceux qui concernent les biens des enfants. D'un autre côté, la seconde partie en s'occupant, il est vrai, de tous les droits qui se réfèrent aux enfants, soit quant à leur personne, soit quant à leurs biens, n'embrasse toutefois que ceux de ces droits qui sont conférés au survivant des époux. Donc, ni l'une ni l'autre règle ne comprennent l'usufruit légal existant pendant le mariage.

MM. Rodière et Pont répondent qu'il serait impossible d'expliquer pourquoi et comment on pourrait renoncer au même droit existant après le mariage pour le survivant.

MM. Aubry et Rau, après avoir soutenu la théorie

1. Zachariæ, III, p. 401, n° 3.

de Laurent dans leurs trois premières éditions, l'ont abandonnée dans la quatrième.

La majorité des auteurs considèrent ces conventions comme non valables.

Nous avons déjà eu occasion d'étudier cette question des conventions matrimoniales au sujet de l'éducation. Nous renvoyons donc à ce chapitre pour la solution qu'il nous semblerait bon de donner.

CHAPITRE V

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DE SES ENFANTS AUX CAS OU LE PÈRE AU COURS DU MARIAGE SE TROUVE DANS L'IMPOSSIBILITÉ PHYSIQUE, MORALE OU LÉGALE D'EXERCER LA PUISSANCE PATERNELLE

Absence

Administration. — Dans le cas où le père est absent à qui donc sera confiée l'administration légale ?

Pendant la période d'absence présumée, il est logique de la confier à la mère.

« La mère, dit Demolombe, doit être préférée à tout autre, dès que le père ne peut plus exercer l'autorité paternelle pour quelque cause que ce soit (1) ». Alors la mère suppléant son mari exercera l'administration légale au même titre que lui et, par conséquent, aura les mêmes droits, pouvoirs et capacité (2).

1. Demolombe, n° 311, p. 421.

2. En ce sens : Duranton, t. I, n° 520. — Demolombe, t. II, n° 317. — Valette sur Proudhon, t. I, p. 310, note a. — Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, § 160, p. 962. — Demante et Colmet de Santerre, 3^e éd., t. I, n° 186 *bis*. — Laurent, t. II, n° 146. —

Cependant Proudhon (1) pense que dans ce cas l'autorisation de justice est nécessaire à la mère, même pour les actes d'administration ; pour cela, il se base sur l'obligation de rendre compte. Pour simplifier les formalités, il admet que l'autorisation générale d'administrer peut être donnée par le jugement qui déclare le mari en présomption d'absence, ce qui lui permettra de ne recourir au tribunal que dans des cas assez peu nombreux.

Demolombe (2) distingue entre les actes d'administration et les actes d'aliénation pour lesquels seuls il exige l'autorisation de justice ; le mari ne peut les remplir sans certaines formalités ; dans l'opinion de la plupart des auteurs, il est hors de doute que la femme ne peut les accomplir seule.

La jurisprudence (3) admet aujourd'hui que, sauf en cas de difficultés soulevées par des tiers, la mère n'a besoin d'aucune autorisation (4).

Tel est aussi l'avis de Marcadé (5):

Huc, t. I, n° 461. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1292.

1. Proudhon. *Traité de l'état des personnes*. Chap. X, Sect. IV, § 2.

2. *Cours du Code Napoléon*, t. II, n° 317.

3. Tribunal de la Seine, 12 juillet 1882. *Journal La Loi* du 25 août 1882.

4. En pratique la mère demande à la chambre du conseil l'autorisation de se substituer à son mari relativement à l'administration légale. — Voyez. *Pandectes françaises nouveau répertoire*. Administration légale, § 45.

5. Marcadé sur l'article 141, t. III.

« La femme est en soi tout aussi capable que l'homme ; si elle est frappée de quelque incapacité, ce n'est que dans ses rapports avec son mari à la puissance duquel la loi la soumet et relativement au régime auquel sont soumis ses biens. Dès qu'elle agit en dehors de ces rapports, elle recouvre toute sa capacité, il ne sera donc pas étonnant qu'elle ait pour l'administration des biens de ses enfants des pouvoirs plus étendus que pour l'administration de ses biens propres. »

Quand l'absence est déclarée, la situation reste-t-elle la même ? L'article 141 continue-t-il à s'appliquer ? La tutelle s'ouvre-t-elle ?

Dans le cas où la mère aurait opté pour la continuation de la communauté (art. 124) et dans le cas où les enfants n'auraient point de biens personnels, il semble logique de lui laisser l'administration des biens communs. Par son option elle détruit la présomption de mort, les enfants n'entrent point en possession des biens paternels, la tutelle n'a donc pas lieu de s'ouvrir.

Mais si l'enfant a des biens personnels, si la mère demande la liquidation de la communauté, la situation change. MM. Aubry et Rau pensent que dans l'article 141 « le législateur n'a eu en vue que des mesures provisoires dont la durée se trouve naturellement restreinte à la période de présomption d'ab-

sence » (1). Toutefois, ils font remarquer que l'article 141 ne distingue pas. Proudhon, en rapprochant les articles 141 et 142, avait conclu que la surveillance dont ils parlent est une tutelle dans l'un et l'autre cas. Il nous semble cependant que ces deux articles ont entendu viser des cas bien différents.

L'article 141 prévoit le cas où le père disparaît, la mère étant vivante, et l'article 142, celui où le père disparaît, la mère étant déjà décédée. Dans le deuxième cas, sans aucun doute on se trouve dans la nécessité de pourvoir à la tutelle.

La majorité des auteurs : Toullier (2), Duranton (3), Demolombe (4), Valette (5), Aubry et Rau (6), Demante et Colmet de Santerre (7), Laurent (8), Huc (9), Baudry-Lacantinerie et Houques-Foucarde (10) sont d'avis que le pouvoir donné à la mère n'est pas une tutelle.

Cette question présente une certaine importance à cause des conséquences qu'elle entraîne : hypo-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, § 160 et la note 8.

2. Toullier, t. I, n° 548.

3. Duranton, t. I, n° 518.

4. Demolombe, t. II, n° 312.

5. Valette sur Proudhon, t. I, p. 306, note a.

6. Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, p. 962.

7. Demante et Colmet de Santerre, 3^e éd., t. I, nos 186 et 186 bis.

8. Laurent, t. II, n° 145.

9. Huc, t. I, n° 459.

10. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1290.

thèque légale grevant les biens de la mère, nomination d'un conseil de famille et d'un subrogé tuteur.

Ceci admis, que l'administration de la mère n'est pas une tutelle, d'autres questions se posent ?

La mère chargée de l'administration légale l'exerce-t-elle en vertu d'un pouvoir propre ou par délégation des pouvoirs du mari ?

Pour la solution de cette question nous renvoyons à l'étude que nous en avons faite dans notre second chapitre de la première partie.

Les pouvoirs de la mère sont-ils aussi étendus que ceux du père ?

En général, l'affirmative prévaut et la mère n'a pas besoin de se pourvoir de l'autorisation de justice (1).

Jouissance. — Puisque la mère a l'administration légale, lui donnera-t-on également la jouissance légale. D'après l'article 384, la jouissance légale n'appartient à la mère qu'après la dissolution du mariage, et de son côté l'article 141 parle bien des droits relatifs à l'éducation et aux biens des enfants mineurs, mais ne dit rien de la jouissance légale ; aussi l'opinion générale, qui est aussi celle de la jurisprudence (2), est-elle que, pendant la période de

1. Jugement précité du tribunal de la Seine du 12 juillet 1882 qui valide la renonciation à une succession échue à un enfant mineur faite par la mère sans autorisation.

2. Alger, 29 mai 1886. D. 91. 1. 413. En ce sens, Aubry

présomption d'absence, la jouissance légale ne cesse pas d'appartenir au père.

Cependant, certains auteurs répondent que si l'article 384 n'a pas parlé de ce cas assez rare, c'est parce qu'en s'occupant du cas de dissolution du mariage par la mort d'un des deux époux, il n'a fait qu'appliquer l'hypothèse la plus pratique, la règle qui veut que la jouissance légale marche de pair avec l'administration des biens. Demolombe (1), tout en reconnaissant que l'usufruit n'est pas la conséquence essentielle de la puissance paternelle, convient qu'il en est une conséquence naturelle, logique (2).

Mais, quand on arrive au jugement déclaratif d'absence, la plupart des auteurs, qui se prononcent contre l'attribution à la mère de la jouissance légale pendant la période de présomption d'absence, font rétroagir la présomption de mort au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent (3).

et Rau, 4^e éd., t. VI, § 550 *bis*, p. 83. — Demante et Colmet de Santerre, 3^e éd., t. II, n^o 129 *bis*. — Huc, t. I, n^o 461.

1. *Cours du Code Napoléon*, t. II-318.

2. En ce sens, Devincourt, t. I, p. 48, n^o 1. — Duranton, t. I, n^o 521. — Marcadé, sur l'article 141, n^o 2. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n^o 1298.

3. En ce sens : Demolombe, Aubry et Rau. — *Contra* : Huc. — Alger, 29 mai 1886. D. 91. I. 413 ; S. 89. I. 217.

Le législateur pourrait, ce nous semble, intervenir efficacement. Que pendant le mariage, par suite de sa situation privilégiée de chef de famille, le père en profite... soit.

Mais, le jour où le père a disparu, pourquoi ne point donner cet avantage à la mère ? En quoi en est-elle moins digne que son mari ? Il nous paraît légitime, en cette circonstance, de donner l'usufruit à la mère sans la forcer à rendre compte, même au cas où le père reviendrait. Trop souvent, l'absence de celui-ci est le résultat d'une fugue, une désertion du foyer familial. Les droits de la mère, qui reste à son poste, qui seule assume la charge de la direction de la famille, devraient être égaux sinon supérieurs à ceux de son mari.

Interdiction

Administration. — Nous avons déjà assimilé à l'absence le cas où le père est interdit. Ici, à cause des dispositions spéciales relatives à la matière de l'interdiction, la question ne se pose pas tout à fait de la même façon.

Le mari interdit a un tuteur ; ce tuteur peut être sa femme, mais aussi, il ne faut pas l'oublier, un tiers.

Dans le cas le plus fréquent, la femme est investie de cette fonction. Autrefois même, la jurisprudence

avait interprété l'article 507 comme comportant un droit pour la femme d'être nommée tutrice, reconnaissant que le conseil de famille ne pouvait la priver de cette fonction que pour des causes graves-articulées dans la délibération et tirées de l'intérêt de l'interdit et des enfants (1).

Cette interprétation a été reconnue exagérée et fausse et toute liberté a, depuis été laissée au conseil de famille (2).

Dans le cas où la femme est tutrice, elle exerce certainement tous les droits et prérogatives de la puissance paternelle.

Mais qu'arrivera-t-il dans le cas où la mère n'est pas nommée tutrice et où c'est un tiers qui remplit cette fonction ?

Pothier (3) plaçait sur la même ligne le dément et l'absent et trouvait tout naturel de confier l'administration à la mère. Duranton et Demolombe pensent que c'est le tuteur et non la mère qui doit avoir ce soin.

A l'appui de cette idée, ses partisans disent que le tuteur doit gérer tous les biens de l'interdit et que les biens des enfants doivent faire partie de cette gestion. Si la mère n'a point été nommée tutrice,

1. Paris, 7 janvier 1815. — Sous Cass., 27 novembre 1816 ; S. 1817. 2. 422.

2. Cassation, 27 nov. 1816. — Orléans, 9 août 1817.

3. Pothier. *Traité des absents*, p. 431.

ajoutent-ils, c'est pour de bonnes raisons, sans doute parce qu'elle était incapable de bonne gestion.

Cette déduction, à notre avis, est un peu forcée. La mère peut trouver la gestion des biens et intérêts de son mari trop lourde et trop difficile et refuser cette tutelle, tout en étant très capable.

L'administration des biens de ses enfants peut être beaucoup plus facile et la mère pourrait fort bien s'en charger.

Demolombe distingue :

Le père est-il usufruitier ? Alors son tuteur sera administrateur des biens des enfants. Au contraire, n'a-t-il point cet usufruit ? La gestion restera à la mère.

A l'heure actuelle la question n'est pas encore tranchée et les opinions sont très divisées.

Il en est de même sur le point de savoir si la mère tutrice de son mari, prévoyant le cas où elle mourrait avant lui, peut nommer un tuteur testamentaire à ses enfants.

L'article 397 ne reconnaît ce droit qu'au dernier mourant des père et mère et il ne semble pas qu'on le puisse étendre au cas qui nous occupe (1).

Jouissance. — Quant à la jouissance légale, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour la

1. Voyez *contra* : Chardon. *Puissance tutélaire*, t. III, n° 24.

conserver au père s'il l'avait déjà au moment de son interdiction ; c'est pour lui un droit dont on ne saurait le priver.

Si, en vertu de la loi du 30 juin 1838, le père, sans être interdit, est interné, la situation se trouve être la même.

Mais si le père est pourvu d'un conseil judiciaire, il conservera tous les attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne de l'enfant et la jouissance légale. Quant à l'administration, il ne l'exercera plus qu'avec les restrictions de l'article 513, c'est-à-dire qu'il ne pourrait sans l'assistance de son conseil faire pour le compte de l'enfant aucun des actes qui lui sont interdits pour son propre compte.

Nous voyons, d'après cette étude, combien peu sont fixés les pouvoirs de la mère en cas d'interdiction de son mari.

Ne serait-il point cependant logique de lui confier l'administration des biens des mineurs, que la tutelle de son mari lui soit confiée ou non.

Comment soutenir, en effet, que le tuteur du père interdit pourrait exercer un des attributs de la puissance paternelle ? — Puisque c'est à la mère à l'exercer à défaut du père, pourquoi lui refuser ce droit dans ce cas particulier. Si la mère se reconnaît incapable d'exercer cette gestion et la refuse, qu'on la confie alors au tuteur si l'on veut (bien qu'il ne soit aucunement chargé de remplacer le père) ; de

même, si la mère se montre inapte à la gestion et si l'intérêt du mineur l'exige, il sera toujours possible de la lui enlever.

Déchéance

Administration. — Si le père encourt la déchéance que deviennent ces prérogatives de la puissance paternelle.

Autrefois, avant la loi de 1889, existait seulement la disposition de l'article 335 du Code pénal qui déclarait, dans le cas visé par lui, le père privé des droits et avantages sur la personne et les biens de ses enfants.

Les avis étaient alors partagés :

Les uns soutenaient que l'article 389 relatif à l'administration légale se trouvant hors du titre IX, le délit prévu par l'article 335 du Code pénal ne pouvait priver le père de l'administration. Ils ajoutaient que de plus l'administration n'était pas un avantage, mais une charge.

Les autres prétendaient que la déchéance devait être complète et que le père ne devait point conserver l'administration que le législateur avait comprise dans le mot *droit*.

L'article 1^{er} de la loi de 1889 est venu trancher le conflit, en comprenant dans la nomenclature des articles qu'il vise l'article 389.

Le père déchu ne peut donc aujourd'hui exercer l'administration légale des biens de ses enfants mineurs.

Il est certain que l'exercice des droits de la puissance paternelle passe à la mère ; mais, pour la jouissance, de nombreux auteurs font exception.

D'après l'article 384 l'usufruit légal n'appartient au père que pendant le mariage et au survivant des père et mère après la dissolution.

Pendant le mariage, la mère ne pourrait donc l'avoir et après la dissolution elle lui appartiendrait seulement quand son mari serait décédé (1).

On a répondu à ceci que, malgré les dispositions de l'article 373, d'après lequel le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage, et de l'article 380, qui dispose que le père est au cours du mariage administrateur des biens personnels des enfants mineurs, il est admis que, dans le cas d'absence, la mère peut exercer l'autorité paternelle et administrer ces biens. Pourquoi, ajoutent les auteurs qui invoquent cet argument, n'en serait-il pas de même de la jouissance légale (2) ?

On fait remarquer avec justesse que les termes de l'article 384 sont beaucoup plus précis que ceux des

1. Demolombe, t. VI, p. 360, n° 482. — Duranton, t. III, n° 384. — Delvincourt, n° 93. — Aubry et Rau, t. VI, n° 91, n° 550 *bis*. — Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 129 *bis*.

2. Laurent, t. IV, n° 346. — Mourlon, t. I, n° 1057.

articles 373 et 389; il porte ces mots : « pendant le mariage » et, de plus, « après la dissolution du mariage le survivant des père et mère ».

Dans le cas qui nous occupe, la mère sera donc seulement chargée de l'éducation et de la personne de l'enfant et l'administration appartiendra au père ; quant à l'usufruit, il est à croire que la mère ne peut y prétendre.

« La privation de l'usufruit paternel, que l'article 335 du Code pénal prononce contre le père coupable du délit qu'il prévoit, est pénale et la loi a dû sans doute vouloir atteindre efficacement son but ; elle ne l'atteindrait nullement, si l'usufruit dont le père est déchu appartenait à la mère. En effet, dans le cas de communauté légale ou conventionnelle, rien ne serait changé et le père, mari, continuerait à jouir des biens de ses enfants, comme si aucune déchéance n'avait eu lieu contre lui ; même sous les autres régimes, les revenus des époux étant presque toujours dépensés en commun, le mari administrant très souvent les biens et percevant les revenus personnels de sa femme, le but ne serait pas non plus atteint ; donc on ne doit pas supposer que la loi ait prononcé une déchéance qui serait presque toujours absolument nulle. »

On atteint ainsi l'innocent pour le coupable. Pour être logique jusqu'au bout le législateur, partant de ce système, aurait dû par analogie priver le père de la

jouissance légale sur les biens qui échoient à son enfant dans une succession par suite d'indignité de la mère ; celle-ci, en effet, profitera indirectement de cet usufruit.

Les cas de déchéance visés par la loi du 7 décembre 1874 sont, à notre avis, soumis aux mêmes règles.

Les lois de 1889 et de 1898 ne les ont point modifiées, sauf en ce qu'elles permettent dans les cas exposés par elles de donner l'administration à la mère.

A ce sujet, nous ne dirons donc rien, puisque le tribunal peut apprécier les qualités de bonne administratrice de la femme.

Mais reste la question de la jouissance.

La mère en est privée, cela ne fait pas de doute, par la crainte de favoriser indirectement le coupable.

L'article 335 s'est trouvé en partie corrigé par la loi de 1889 et on ne voit plus aujourd'hui ce fait étrange du père déchu et administrateur, mais il est curieux de voir que cette loi et celle de 1898, tout en supprimant la jouissance au profit du père, ne l'aient point laissée à la mère. Il est tout à fait critiquable de faire supporter à la mère innocente la faute du père coupable.

Nous avons considéré l'usufruit légal comme accordé au père à seule fin de le dispenser de rendre compte.

Dans le cas où l'administration est confiée à la mère, il nous paraît très simple de concilier cette idée avec la remise de l'usufruit légal à celle-ci. Pourquoi ne pas la traiter comme son mari ? Pourquoi la forcer à rendre compte ?

Nous concevons la difficulté plus sérieuse qui se peut présenter quand l'administrateur des biens de l'enfant se trouve être un tiers. Celui-ci en effet n'est pas dispensé de rendre compte. Si la mère est gardienne de ses enfants, il doit lui fournir les subsides nécessaires à leur entretien et à leur éducation. Ne pourrait-on pas faire remettre à celle-ci, par l'administrateur, la totalité des revenus de l'enfant, au lieu de la forcer à demander petit à petit ce dont elle a besoin (ce qui, en fait, équivaut à une reddition de comptes). L'administrateur est surtout nommé pour veiller à ce que l'on ne délapide pas le capital. Dans le cas où la garde est retirée à la mère, nous pensons qu'il est inutile de lui donner l'usufruit légal, qui alors serait pour elle un véritable avantage.

CHAPITRE VI

DES DROITS DE LA MÈRE SUR LES BIENS DE SES ENFANTS APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET APRÈS LA SÉPARATION DE CORPS

La mère veuve

A la mort de l'un des deux époux s'ouvre la tutelle.

Lors de l'élaboration du titre de la tutelle les rédacteurs avaient hésité longtemps à admettre pour la mère la tutelle légitime (1). Pour le président Fabre c'était « une grande sottise » ; elle eut pour défenseur Tronchet qui disait qu'après le décès du père, la mère était incontestablement « la personne la plus affectionnée qui pût prendre soin des mineurs ».

1. Dans notre ancien droit, la mère dans les pays coutumiers jouissait du droit de garde après la mort de son mari ; mais dans les pays de droit écrit, la garde ne lui appartenait jamais. C'est le premier système qu'ont adopté les rédacteurs du Code. Voisin, dans un rapport au Tribunat disait : « Vous applaudirez la disposition de l'article 384 qui associe les mères à la jouissance de l'usufruit légal si elles survivent à la dissolution du mariage. Le législateur répare par cet article l'injustice de plusieurs siècles et les rétablit dans le droit imprescriptible qu'elles tenaient de la nature. »

La confiance qu'ils pouvaient avoir en l'affection de la mère a pu, seule, les décider à lui permettre de prétendre à la tutelle légitime, avec toutefois le tempérament de l'article 394. Cet article lui accorde l'avantage sur son mari de pouvoir renoncer à la tutelle si elle ne se croit pas capable de remplir convenablement son rôle.

Peut-elle encore user de cette faculté et se démettre de la tutelle après s'y être immiscée et devrait-on étendre jusque-là la disposition de l'article 394 ?

Si elle peut invoquer une des excuses qui permettent au tuteur de se faire décharger, la chose ne fait aucun doute, la mère tutrice se trouve soumise aux règles du droit commun.

Mais s'il n'y a aucun motif juridique, la solution est tout au moins douteuse.

Les partisans de l'affirmative font valoir que les motifs qui ont poussé le législateur à introduire ce tempérament dans l'article 394 sont les mêmes dans les deux cas. De plus, ils ajoutent qu'il se peut fort bien que la mère se soit faite une idée inexacte des charges à assumer et qu'après essai elle ne les trouve trop lourdes. L'intérêt des enfants exige donc qu'on ne lui laisse pas le poids de cette charge qu'elle se sent incapable de soutenir.

Les partisans de la négative prétendent que si l'on assimile aux excuses ce refus de la mère, qui a tout d'abord accepté la règle qui veut qu'on ne puisse

plus invoquer une excuse non présentée, malgré son existence, au moment où l'on a accepté la tutelle, doit s'appliquer.

Nous ferons remarquer que le cas dont nous nous occupons n'est pas compris par la loi dans les excuses qui y sont énumérées comme pouvant être invoquées au cours de la tutelle.

Certains auteurs (1) pensent que la mère pourrait donner une excuse dont serait juge le conseil de famille.

Si, après avoir refusé la tutelle, la mère revient sur sa décision, qu'arrive-t-il ?

Si la place est occupée et qu'un tuteur soit nommé il n'y a aucune difficulté, la tutelle ne lui peut être rendue.

Au cas contraire, la question est discutée. Les uns prétendent que la mère a fait aveu de son incapacité et qu'alors le droit de nommer un tuteur est passé au conseil de famille, à qui il appartiendra de juger s'il doit rendre la tutelle à celle-ci. Les autres prétendent que la mère a pu réfléchir, prendre des renseignements, demander avis et qu'aucun texte dans le Code ne l'empêche de revenir sur sa décision.

1. Valette sur Proudhon, t. II, p. 286, n° 5. — Massé et Vergé, t. I, p. 410, note 23. — Marcadé sur l'article 394, I. — Demante, t. VI, n° 143, *bis*, I.

Conseil de tutelle. — La mère tutrice peut être pourvue par son mari d'un conseil de tutelle (art. 391). Le législateur a pensé que le père était le meilleur juge de la capacité de sa femme et qu'il n'userait de cette faculté qu'à bon escient.

La mère ne peut rien contre cette décision de son mari et aucune voie de recours ne lui est ouverte.

Le père peut fort bien revenir sur sa décision et révoquer cette nomination, rien ne l'en empêche.

Si le père nommait plusieurs conseils, cette nomination, pensons-nous, serait nulle à l'égard de tous, parce qu'il aurait outrepassé les droits à lui donnés par le législateur ; à moins toutefois que le père ne les eût désignés pour remplir cette tâche à défaut l'un de l'autre.

Le conseil est libre d'accepter ou de refuser sa fonction. Dans le second cas, le tribunal ne pourra pas lui donner un remplaçant.

On s'est demandé si au cours de la tutelle il pouvait se retirer. Le Code est muet à cet égard, aussi les avis sont-ils partagés.

D'après l'article 391 le rôle du conseil est de prêter avis et assistance.

Si l'avis seul est nécessaire, il suffit que le conseil soit consulté, sans que pour cela son opinion doive être prise en considération. Cette idée a été soutenue, mais ne l'a pas emporté. La seconde partie de l'article contenant le mot assistance corrige

l'insuffisance de précision de la première. Le conseil de tutelle tient, pour les actes qui sont de son ressort, la place d'un curateur ; il ne prendra donc point l'initiative des actes, mais ceux-ci ne peuvent être accomplis sans lui.

La Cour de Besançon cependant a jugé que, quand la tutrice agit en justice comme défenderesse, l'assistance du Conseil est inutile et que la mère peut faire seule les actes nécessaires à sa défense (1).

Cet arrêt semble aller contre le texte même de l'article 391 qui exige l'assistance du conseil pour tous les actes concernant la tutelle, sans exception.

Le père peut spécifier spécialement les actes pour lesquels sa femme ne pourra se passer de l'assistance du conseil : s'il ne l'a pas fait l'incapacité s'étend à tous les actes qu'elle se trouve amenée à faire en sa qualité de tutrice.

Si le conseil refuse son assistance que va-t-il arriver ? La mère sera-t-elle réduite à rester inactive ?

M. Laurent (2) l'a soutenu ; M. Baudry-Lacantinerie, tout en admettant cette solution, reconnaît qu'elle ne doit cependant pas préjudicier aux intérêts du mineur ; comme remède, il propose de destituer suivant les cas, l'un ou l'autre de la tutrice ou du conseil.

Marcadé (3) objecte que l'intervention du conseil

1. 29 juin 1898. D. 1868. 2. 203.

2. Laurent, t. IV, n° 380.

3. Marcadé, t. IV, n° 380 *in fine*.

est une mission toute de confiance et d'amitié et que le conseil de famille pas plus que le juge n'a droit de contrôle.

Cependant, la majorité des auteurs accorde à la mère un recours contre le conseil de tutelle. Pour Demolombe, Aubry et Rau, ce recours sera porté devant le conseil de famille, « qui est l'autorité à laquelle l'appréciation de ce conflit se trouve naturellement dévolue sauf recours aux tribunaux ».

Il est cependant difficile, à notre avis, de faire intervenir le conseil de famille dont les attributions sont limitativement déterminées par la loi qui ne comporte rien à cet égard.

Il nous paraît plus logique de faire trancher le conflit par les tribunaux ; le conseil de tutelle n'est pas dans des conditions qui lui permettent d'agir, mais la mère les réunit.

Si la mère passe outre et agit sans l'assistance de son conseil, les actes faits par elle sont-ils valables à l'égard des tiers ?

La question est controversée.

Si les tiers ont eu connaissance de l'existence du conseil, la nullité peut être invoquée ; tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

Si, au contraire, ils l'ont ignoré, les auteurs se divisent. Les uns prétendent que l'acte est valable et, pour ce, disent qu'il serait trop dangereux d'être victime d'un fait que l'on a pu ignorer ; ceux qui ont traité

avec la mère ont pu la croire dans la situation normale de la mère tutrice avec tous ses pouvoirs. Le danger serait d'autant plus grand qu'il n'y a aucune formalité de publicité qui avertisse les tiers de cette situation exceptionnelle. Les autres répondent que l'acte est nul en invoquant par analogie la règle de droit qui veut que les actes passés par les tiers avec un mineur émancipé, après la révocation de l'émancipation, soient nuls, bien que cette révocation ne soit non plus soumise à aucune publicité. La Cour d'Aix a admis que la tutrice n'était pas habile à faire seule les actes pour lesquels l'avis du conseil est requis et que ces actes doivent être déclarés nuls si elle les a faits sans cet avis (1).

Curateur au ventre. — Si la mère est enceinte au moment du décès du père, la tutelle ne lui sera donnée qu'à la naissance de l'enfant; en attendant, il lui sera nommé par le conseil de famille un curateur au ventre (2), qui devra faire les actes de conservation.

La mère peut elle-même le demander et sa demande suffit pour que les héritiers du mari ne soient pas envoyés en possession (3).

On s'est demandé si, dans le cas où la mère aurait

1. Aix, 31 mars 1840.

2. Lors de la rédaction de l'article 393, on avait proposé le terme de « curateur de l'enfant à naître ». (Locré. *Législation civile*, t. VII, pp. 99 et 159.)

3. Aix, 19 mai 1807. S. 1807. 2. 107.

déjà d'autres enfants de son mariage, la nomination d'un curateur au ventre serait nécessaire. En effet, la mère est tutrice et a l'usufruit légal ; de plus, l'existence d'un subrogé tuteur est un surcroît de garantie. Mais il se peut que la mère n'ait pas l'usufruit des biens de ses enfants, par suite de leur âge ; auquel cas, elle peut avoir intérêt à simuler une grossesse pour obtenir l'envoi en possession d'une partie des biens.

La loi ne s'explique pas sur les mesures que peut prendre le curateur pour empêcher la suppression ou la supposition de part ; toute latitude d'appréciation est donc laissée aux tribunaux.

Dans le cas où il existe déjà d'autres enfants mineurs, le curateur au ventre ne peut administrer les biens, cette charge revient au tuteur ; le curateur n'a qu'une mission de surveillance.

Certains auteurs ont pensé qu'au cas où il n'existe pas d'enfant vivant né du mariage, il serait utile de donner au mineur un représentant pour l'accomplissement de certains actes. A leur avis la mère pourrait par anticipation être appelée à jouer le rôle de tutrice, et le curateur celui de subrogé tuteur (1).

Aucun texte ne permet d'admettre cette théorie ; « la tradition est que le curateur aura toujours l'exercice des droits de l'enfant » (2).

1. Du Courroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 592.

2. *Nouveau Denizart*, t. V. Curatelle, § 8, n° 1 et 2.

Au cas où la mère aurait été déchue de la puissance paternelle avant le décès de son mari, elle ne peut certainement être investie de la tutelle. Mais si par application de la loi de 1889, sans être déchue de la puissance paternelle, la mère s'est vue écartée de son exercice, quelle sera sa situation ? Le père mort, la situation ne changera-t-elle pas, et, de ce fait même, la mère ne recouvrera-t-elle pas les droits dont elle a été privée ?

Un incident du vote de la loi précitée nous fait pencher pour l'affirmative ; dans le projet, un passage était ainsi rédigé :

« Lorsque par suite de la déchéance du père, un tuteur a été donné aux enfants, nonobstant l'existence de la mère, celle-ci a droit, si le père vient à mourir, de convoquer le conseil de famille qui décide si la tutelle continuera de subsister, ou si cette tutelle appartient à la mère suivant le droit commun. »

Cette disposition ayant disparu de la rédaction définitive il est à supposer que le législateur a tenu à se reporter au droit commun.

La mère tutrice est mineure. — La mère mineure peut être tutrice (art. 442). On peut poser en principe que la mère, émancipée par le mariage, ne pourra faire que les actes pour lesquels l'assistance de son curateur ne lui serait pas nécessaire à elle-même, et qu'au contraire, elle ne pourra agir sans être

assistée de son curateur, pour les actes rentrant dans la catégorie de ceux où cette assistance est prescrite par la loi au mineur émancipé (art. 482, 483, 484).

Chose curieuse, à côté de la tutrice se trouve le subrogé tuteur du mineur, auquel aucun texte ne reconnaît le droit de l'assister. MM. Aubry et Rau font observer que les intérêts à sauvegarder sont ceux du pupille et non ceux de la tutrice.

On répond à cela en disant que la mère, avec l'assistance de son curateur, reprend au point de vue de l'administration toute sa capacité comme si elle était majeure, et qu'alors la nécessité de mesures de protection ne se fait pas sentir.

A notre avis, cependant, le subrogé tuteur serait plus à même de s'occuper des intérêts des mineurs, que le curateur de la mère. Malheureusement la loi n'a rien dit à cet égard (1).

On avait pensé qu'il faudrait, en ce cas, nommer à la mère un tuteur *ad hoc*. Ce serait, pensons-nous, lui enlever en partie l'exercice de son droit

1. En ce sens : Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 190 *bis*. — Marcadé, sur l'art. 442. — Loqué, sur le même article. — Zachariæ, § 99, n° 14. — Laurent, t. IV, n° 375. — *Contra* : Delvincourt, t. I, p. 289. — Duranton, t. III, n° 52. — Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1161, note *a*. — Toullier, t. II, n° 49. — Demolombe, t. VII, n° 465.

de tutrice, ce qu'aucun texte ne permet. La capacité seule lui manque, mais elle la recouvre avec l'assistance de son curateur.

C'est nécessairement le conseil de famille du pupille qui doit intervenir, lorsque l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.

Nomination d'un tuteur testamentaire. — La mère survivante, tout comme le père survivant, a le droit, soit par testament, soit par une déclaration faite devant le juge de paix, de choisir un tuteur à ses enfants. Le tribun Leroy s'exprimait ainsi devant le Corps législatif :

« Celui des parents que la mort vient arracher à un fils, dont il était le seul appui, sentira des regrets moins déchirants s'il lui laisse un ami du choix de son cœur ; il meurt, et sa tendresse vivra encore près de cet enfant que la nature abandonne. »

« Il est tout naturel, ajoutait le tribun Huguet, en donnant la tutelle de droit aux père et mère, de leur conférer aussi le droit de choisir, d'élire un tuteur à leurs enfants, c'était une suite de cette première confiance que leur donne la loi. »

La mère peut user de ce droit, sans se faire assister de son conseil.

Si la mère est exclue ou destituée il semble qu'elle perdra le droit en question.

Si la mère s'est excusée, une difficulté s'élève.

Pourra-t-elle nommer de suite un tuteur pour la remplacer ?

Si on répond négativement à cette première question, aura-t-elle du moins la faculté d'user de ce droit en prévision de sa mort ?

Malleville, Favard, Toullier répondent par l'affirmative à la première question, en donnant comme raison que l'on ne voit pas pourquoi, puisque l'on donne le droit dont il s'agit à la mère mourante, dont le choix risque d'être moins éclairé à cause de l'âge ou de la maladie, on ne le lui accorderait pas au moment de sa renonciation.

Cependant les termes de l'article 397 sont précis : « au dernier mourant des père et mère », et puis pour les formes de la nomination l'article 398 renvoie à l'article 392, s'appliquant au cas de nomination d'un conseil de tutelle à la mère par le père, en prévision du prédécès de celui-ci.

Il nous semble donc difficile d'admettre l'opinion de ces auteurs.

Pour résoudre la seconde question, trois systèmes sont en présence :

D'après l'un, la mère excusée peut nommer un tuteur par testament (1).

La loi ne distingue pas. De plus, les auteurs de ce

1. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 146 *bis*. — Duranton, t. III, 438. — Allemand, t. II, n° 1216.

système prennent argument de ce que l'article 399 enlève ce droit à la mère remariée non maintenue dans la tutelle, pour en conclure qu'il doit lui appartenir dans les autres cas où elle n'exerce pas la tutelle, puisque le Code ne s'est occupé que de ce cas spécial. Le décès de la mère peut entraîner de grands changements dans la situation du tuteur ; il va avoir la garde de l'enfant, et souvent la fortune de celui-ci, dont il a la gestion, se trouve sensiblement augmentée.

On répond à ceci que, s'il existe déjà un tuteur, la mesure n'a pas de raison d'être et de plus que si la mère, n'ayant pas renoncé volontairement à la tutelle, perd le droit de nomination d'un tuteur, à plus forte raison devra-t-elle en être privée si elle l'a refusée de son plein gré.

Quelques auteurs (1) accordent à la mère non tutrice le droit de nommer un tuteur testamentaire, mais le lui refusent si, à ce moment, il y a déjà un tuteur datif en exercice. Cette distinction ne remédie qu'aux inconvénients qui peuvent résulter d'un changement de tuteur.

Un troisième système (2) soutient que ce droit est réservé à la mère tutrice légale ou tutrice dative.

1. Toullier, t. II, n° 20. — Chardon. *Puissance tutélaire*, III, n° 38.

2. Demolombe, t. VII, n° 164. — De Fréminville, t. I, n° 76.

MM. Laurent et Marcadé (1) dévient à la mère tutrice dative le droit de nommer un tuteur ; ils considèrent comme devant se trouver dans la même situation la mère remariée et maintenue dans la tutelle conformément à l'article 395.

La mère tutrice se remarie. — Il se peut fort bien que la mère tutrice vienne à se remarier. Elle est astreinte alors à prendre certaines mesures ; si elle les néglige, elle perd la tutelle. Elle ne la recouvrera cependant pas de plein droit, après avoir rempli ces formalités, c'est au conseil de famille à décider.

Les auteurs du Code avaient été poussés à adopter ces dispositions par crainte de l'influence du second mari.

Le projet du Code civil assimilait le convol du père au convol de la mère ; cette disposition fut soutenue par Tronchet qui disait :

« Un second mariage peut faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'affection de la mère, et il est des circonstances où ce doute se convertit en certitude, tel serait le cas où un homme opulent épouserait sa servante. »

Bigot de Préameneu combattit cette idée :

« Le père en se remariant, disait-il, devient le chef de la nouvelle famille ; il reste le maître de ses affaires ; c'est lui, qui de fait ou de droit, continue à gérer la tutelle tandis que la mère, qui convole en

1. Laurent, t. IV, n° 398. — Marcadé sur l'art. 397.

secondes noces, tombe sous la puissance de son second mari ; c'est celui-ci qui de fait administre les biens des enfants et prend soin de leur personne (1). »

Ce fut ce dernier qui l'emporta.

Diverses hypothèses prévues par l'article 395 peuvent se présenter que nous allons étudier les unes après les autres.

1^o *Mère remariée et déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille avant son second mariage.* — Si la mère se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille, la disposition de l'article 395 qui décide qu'elle perd la tutelle de plein droit et que son mari est solidairement responsable de ses actes s'applique. Malgré cette déchéance elle peut cependant continuer en fait à exercer la tutelle. On s'est demandé si alors l'hypothèque légale continuait à grever ses biens. Laurent (2) Duranton (3) et Delvincourt (4) ont prétendu que cette hypothèque ne saurait grever les biens d'une personne qui n'est pas tutrice.

Ce à quoi Grenier (5) répond : « La tutelle pour être indûment conservée n'en est pas moins une tutelle ;

1. Séance du Conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI. — Loqué, t. III, p. 386.

2. Laurent, t. IV, n^o 390, t. XXX, n 264.

3. Duranton, t. XIX, n^o 312.

4. Delvincourt, t. I, p. 475.

5. Grenier. *Traité des hypothèques*, t. I, n 280.

et l'on ne concevrait pas qu'une tutelle qui se continue ou se conserve cessât d'avoir le caractère de l'hypothèque légale avec lequel elle a commencé. »

La nullité des actes passés par les tiers avec la mère pourra, dans ce cas, à notre avis, être demandée dans l'intérêt du mineur et non dans l'intérêt des tiers.

La mère remariée perd les droits à elle conférés par la tutelle, mais ne cesse pas pour cela d'être tenue des obligations qui en résultent (1).

Toutefois la tutelle peut être rendue à la mère par le conseil de famille, mais alors ce ne sera plus qu'une tutelle dative et, naturellement, le mari devra être nommé cotuteur.

Celui-ci, du reste, doit être responsable de la tutelle conservée indûment par la mère postérieurement au mariage. La question cependant a été discutée et on avait pensé que celui-ci pourrait être ren du responsable des faits de la tutelle antérieurs au mariage.

Autrefois, existait une disposition qui limitait la responsabilité du deuxième mari à la tutelle postérieure à cet événement, mais le Tribunat fit observer qu'il paraissait résulter du texte de l'article que le mari ne serait tenu que de l'indue gestion ou du défaut de gestion ; il proposa la rédaction suivante :
« Le nouveau mari sera responsable avec elle depuis

1. Limoges, 17 juillet 1822. S. 1822. 2. 275.

le nouveau mariage. » Le Conseil d'Etat admit l'observation du Tribunat, en adopta la nouvelle rédaction, mais en substituant aux mots : « depuis le nouveau mariage » ceux-ci : « de la tutelle indûment conservée ». Ces mots ne peuvent s'appliquer qu'à la tutelle postérieure au mariage, puisque celle-là seule est indue (1).

L'hypothèque légale grève les biens du deuxième mari cotuteur. Une difficulté s'élève cependant si l'on admet qu'il est irresponsable de la gestion antérieure au mariage. Jusqu'à cette époque, il n'est pas tuteur, ni de droit, ni de fait et il semble que l'hypothèque légale ne doive grever ses biens qu'à ce moment.

2° *Mère remariée après avoir convoqué le conseil de famille et maintenue dans la tutelle.* — Quand avant son second mariage, la mère a convoqué le conseil de famille, très souvent, à moins que la continuation

1. En ce sens : Demolombe, t. VII, n° 127. — Ducourroy, Bonnier et Roustain, t. I, sur l'article 395. — Valette. *Explication sommaire du livre 1^{er} du Code Napoléon*, pp. 231 et 232. Cet auteur avait déjà professé l'opinion contraire. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 296. — Laurent, t. IV, n° 389. — Massé et Vergé, t. I, p. 457, note 3. — *Contra* : Loaré, t. VII, n° 101. — Cochin. *Mémoires*, V, t. II, p. 502. — Grenier, t. II, n° 280. — Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1098, note 6. — Aubry et Rau, § 99 *bis*, note 26. — Poitiers, 28 décembre 1824. D. 1825. 2. 94. — Caen, 22 mars 1866. S. 1860. 2. 610. — Cass., 12 août 1828. S. 1829. I. 49. — Dijon, 16 juin 1862. S. 1862. 2. 686.

de cette tutelle ne doive avoir de fâcheux effets pour les enfants, on la maintient en fonctions.

Si la mère a convoqué le conseil de famille avant le mariage, si la délibération n'a lieu qu'après, la mère est en règle avec la loi et ne perd point la tutelle de plein droit.

On s'est demandé si dans le cas qui nous occupe, la tutelle conservait son caractère de tutelle légale ou devait alors être considérée comme tutelle dative. — La question présente un certain intérêt pratique, car, dans le premier cas, la mère pourrait se voir imposer certaines conditions d'administration par le conseil de famille.

A notre avis, conforme à celui de la jurisprudence (1), c'est la tutelle légale qui subsiste ; l'article 395 porte les termes suivants : « qui décidera si la tutelle doit lui être conservée », il n'est donc pas question d'une nouvelle tutelle et c'est l'ancienne qui se continue.

MM. Aubry et Rau (2), poussant à l'extrême la méfiance vis-à-vis de la mère remariée, pensent que les mesures s'appliquant aux tutelles datives peuvent être prises par le conseil de famille : réglemen-

1. Cass., 20 juillet 1842. S. 42. 1. 587. — Limoges, 28 février 1846. S. 1846. 2. 358. — Agen, 24 décembre 1860. D. 61. 2. 20. — Voyez cependant *contra* : Cass., 5 mai 1856. D. 56. 1. 242. — Grenoble, 21 juin 1856. D. 56. 2. 277.

2. Paragr. 99 *bis* et note 36.

tation du budget de tutelle, obligation de fournir des états de situation. A notre avis, cette idée n'est pas exacte, car la loi a pris d'autres mesures et n'a point parlé de celles-là.

Le second mari doit forcément être adjoint comme cotuteur à la mère.

Il peut arriver que l'un des deux nouveaux époux soit dans l'impossibilité physique, morale ou légale de s'occuper de la tutelle. Si c'est le cotuteur qui se trouve dans un de ces cas, la mère doit reprendre la gestion seule, puisqu'elle est la véritable tutrice de droit.

Cependant si le nouveau mari était frappé de déchéance ou interdit légalement, nous croyons que l'indépendance de la mère n'étant pas suffisamment garantie, la tutelle pourra lui être enlevée (1).

De même, si c'est la mère, qui pour une des causes précitées se trouve dans l'impossibilité d'exercer la tutelle, les pouvoirs du cotuteur cessent de plein droit et le conseil de famille doit nommer un autre tuteur.

La destitution de la tutelle pour la mère remariée n'emporte point toutefois la perte de la puissance paternelle (2).

1. Bruxelles, 18 juillet 1810. Dalloz. *Minorité*, n° 364.

2. Paris, 9 mars 1854. D. 55. 2. 247.

Les deux époux, croyons-nous, doivent gérer ensemble, il serait illogique en effet que le mari cotuteur agisse seul, car la mère continue à être responsable. Un arrêt de la Cour de Bruxelles, en date du 27 avril 1820, décide cependant que la mère doit agir seule avec l'autorisation de son mari (1).

D'après Demolombe (2), Aubry et Rau (3) les deux époux doivent signer ensemble les actes et, si un conflit vient à s'élever, le conseil de famille sera appelé à statuer.

D'après MM. Aubry et Rau, cependant, si l'un des deux époux fait un acte sans l'assentiment, mais aussi sans opposition de l'autre, cet acte sera valable. A l'appui de cette idée, ils disent que s'il n'en était pas ainsi, en fait, le mari agirait toujours seul, sans même demander l'avis de sa femme, qui néanmoins serait toujours responsable.

Les tiers devront toujours poursuivre les deux époux conjointement.

Si le père du pupille a donné un conseil de tutelle à sa femme, les auteurs sont à peu près d'accord pour déclarer que ce conseil continuera à assister la mère (4).

1. Dalloz. *Minorité*, n° 102.

2. Demolombe, t. VII, n° 136.

3. Aubry et Rau, § 99 *bis*, note 46. — Dans le même sens : Angers, 13 frimaire an XIV. S. 7. 2. 1243.

4. Voyez *contra* : Chardon. *Puissance tutélaire*, n° 10.

Le choix d'un tuteur testamentaire par la mère remariée sera soumis à l'approbation du conseil de famille. On a donné comme raison de cette disposition que, la mère devant avoir l'assentiment du conseil de famille pour être maintenue dans la tutelle, il était logique de soumettre à la même formalité la nomination d'un tuteur faite par elle.

3° *La mère remariée après avoir convoqué le conseil de famille, et non maintenue dans ses fonctions.* — Il peut arriver que la mère, bien qu'ayant rempli les formalités nécessaires, se voie enlever la tutelle, et nous croyons même que, malgré les termes de l'article 447, le conseil de famille n'a en ce cas nullement besoin de motiver son avis.

La mère remariée et non maintenue dans la tutelle perd le droit de nommer un tuteur à ses enfants.

Certains auteurs (1) ont pensé que ce droit devait être conservé à la mère, qui, si elle ne s'était pas remariée, tout en n'étant pas tutrice par suite d'un refus antérieur, n'aurait pas perdu cette faculté. Ils font remarquer que la perte de ce droit est la conséquence de la faute qu'a commise la mère en se remariant sans avoir convoqué le conseil de famille.

Bien inférieure à celle du père se trouve être la situation de la mère ainsi que nous venons de le voir

1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 598.

en cette étude. Sans inconvénient aucun, diverses modifications pourraient être apportées.

Il est très légitime de permettre à la mère de s'excuser. En général peu habituée au maniement des affaires, elle usera de ce droit, si elle se sent inapte à remplir convenablement son rôle, c'est une faveur à elle accordée ; et, à ce sujet, nous n'avons qu'à louer le législateur de cette mesure très libérale.

Ce qui est très critiquable, c'est cette adjonction qui peut être faite à la mère, seule, d'un conseil de tutelle. Le mari peut avoir des raisons de douter de la capacité de gestion de sa femme, mais de son côté la femme peut avoir des raisons pour suspecter la capacité de son époux.

La réciproque est vraie en principe, mais la solution est différente.

Le mari peut être aussi faible, aussi incapable que sa femme, celle-ci de son vivant a pu, par son ascendant, le tenir, le diriger et lui éviter des mécomptes. Elle disparue, elle a tout lieu de craindre que le patrimoine laissé à ses enfants soit peu en sûreté. Ses craintes sont d'autant plus fondées que son mari n'a point comme elle la faculté de décliner la tutelle et que la destitution n'aura lieu que pour des cas assez graves.

A notre avis, on ne saurait trop protéger les intérêts du mineur, nous voudrions voir, non suppri-

mer le conseil de tutelle, mais, au contraire, étendre la mesure au mari.

Nous voudrions aussi, voir déterminer plus nettement la situation de la mère après le décès de son mari dans le cas où celui-ci a été privé de l'exercice de la puissance paternelle ; nous avons déjà eu l'occasion dans un chapitre précédent d'émettre nos idées à ce sujet et nous n'y reviendrons pas.

Nous considérons comme une injustice flagrante, le refus de laisser à la mère le choix d'un tuteur à son enfant dans le cas où elle aurait décliné la tutelle. Certes, s'il y a déjà un tuteur en exercice, il serait assez délicat de lui enlever sa fonction pour la transmettre à un autre ; aussi, notre idée serait-elle de permettre à la mère qui renonce à l'exercice de la tutelle, de choisir la personne qui la devra remplacer dans cette fonction, sous condition si l'on veut, pour plus de garantie, de l'approbation du conseil de famille. La mère n'a commis aucune faute, elle a la sagesse de reconnaître son incapacité, il est à supposer qu'elle prendra pour la remplacer une personne plus compétente qu'elle-même.

La différence des situations entre le père et la mère se fait sentir de façon beaucoup plus sensible, en cas de second mariage. Nous ne critiquerons point la mesure qui adjoint le mari comme cotuteur, elle nous paraît trop sage et trop protectrice de l'intérêt de l'enfant.

Mais il n'en est point de même pour cette mesure qui exige l'avis du conseil de famille pour le maintien de la mère dans la tutelle. La même mesure de défiance n'existe pas à l'égard du père ; pourquoi donc avoir imposé la mère à cette obligation de se faire maintenir ? Par crainte de l'influence du second mari...

On pourrait répondre que le père (le fait arrive assez souvent) peut subir lui aussi l'influence de sa nouvelle femme. De plus on n'a pas encore vu la mère à l'œuvre et il nous semble qu'il sera toujours temps de lui enlever la tutelle si son administration est reconnue défectueuse.

Du reste, en cas de remariage de l'un comme de l'autre des deux parents, on pourrait entourer la tutelle de mesures protectrices pour l'enfant ; par exemple : la nécessité de soumettre, à intervalles réguliers, des états de situation au conseil de famille.

Rien donc, à notre avis, n'empêcherait la mère d'être maintenue tutrice, sans cette formalité blessante, qui est une marque de défiance à son égard.

Nous ajouterons encore que le conseil de famille peut, pour des raisons particulières, voir le nouveau mariage d'un très mauvais œil et mettre la mère dans l'alternative de choisir.

La situation de la femme était beaucoup plus dure autrefois encore. Par un esprit de partialité incon-

cevable, le législateur avait été jusqu'à priver la femme remariée de la jouissance légale, pour la raison que les revenus de l'enfant du premier mariage profiteraient au nouveau ménage. La chose était d'autant plus incompréhensible que la réciproque n'existait pas pour le père remarié; la jouissance continuait comme par le passé et sa nouvelle famille en pouvait profiter.

La loi du 21 février 1906 fort heureusement est venue remettre les choses au point et a mis sur le même pied d'égalité de droits l'un et l'autre des parents en laissant à la mère remariée la jouissance légale.

Divorce

Quand le mariage est dissous par le divorce, la situation des parents peut être modifiée complètement comme nous l'avons déjà montré pour les droits sur la personne des enfants.

Avant d'étudier les nombreuses questions qui se présentent en ce cas, nous devons repousser un système, qui, s'il était adopté, les trancherait toutes.

C'est le système qui admet que la tutelle s'ouvre à la prononciation du divorce (1). Les auteurs de cette théorie prennent argument de l'article 389 où

1. Zachariæ, Vergé I, § 148, p. 271.

L'on trouve que le père est administrateur « durant le mariage » ; le divorce prononcé, disent-ils, on peut considérer celui des époux à qui ont été reconnus les torts comme mort, il n'y a plus de mariage, et par conséquent plus d'administrateur ; les règles de la tutelle doivent donc s'appliquer. De plus ces auteurs s'appuient encore sur ce que les articles 302 et 303 ne parlent que de la surveillance, et enfin sur cette considération pratique que les enfants pourraient subir un préjudice grave, par suite du maintien de l'administration au père en cas de remariage.

Certainement, cette théorie, si elle peut être défendue en doctrine ne semble pas autorisée par les textes : rien en effet ne permet d'émettre cette idée que l'on peut considérer l'époux coupable comme décédé : l'article 303, au contraire, dit : « Les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants. »

La puissance paternelle n'est pas détruite par le divorce ; elle existe encore, comme le dit M. Planiol, « sauf à être déplacée et passer du mari à la femme ; ainsi l'article 389 est rédigé de façon trop étroite, quand il est dit que le père est, durant le mariage, administrateur. Il peut avoir cette administration après la dissolution du mariage, après le divorce. L'hypothèse du divorce n'est pas entrée dans les prévisions des rédacteurs de la loi ».

Les textes, sauf ceux relatifs à la garde et à la jouissance (art. 302 et 386) sont muets sur la gestion des biens.

Il est reconnu cependant que l'administration légale continue à subsister puisque les parents sont tous deux vivants. Mais qui l'exercera ?

Si la garde est confiée au père, coupable ou non, aucune difficulté. Bien que la jurisprudence soit encore un peu hésitante on reconnaît généralement que l'administration doit suivre la garde (1).

Des divergences plus sensibles se font sentir quand la garde de l'enfant est confiée à la mère. Le tribunal peut statuer au mieux des intérêts de l'enfant, cela est certain ; mais s'il n'a rien dit sur ce point la garde comporte-t-elle l'administration ?

La majorité des auteurs (2) et la jurisprudence (3) en grande partie se prononcent dans le sens affir-

1. Paris, 15 décembre 1886. S. 88. 2. 17 et note de Labbé. — Trib. de la Seine, 4 août 1888. *Gaz. des Trib.*, 18 août 1888. — Trib. de la Seine, 4 mai 1896. D. 1897. 2. 23. — Trib. de la Seine, 25 novembre 1896. D. 97. 2. 297, note de M. Hitier. — Grenoble, 24 juillet 1900. D. 1901. 2. 121 ; S. 1903. 2. 9. *Journal des notaires*, 1903, 166.

2. En ce sens : Labbé sous Paris, 15 décembre 1886. S. 1888. 2. 217. — Tissier. *Revue critique*, 1902, p. 597. — Baudry. *Divorce*, n° 117. — Goirand. *Traité pratique du divorce*, p. 199.

3. Seine, 27 janvier 1885, sous Paris, 17 juillet 1887. S. 88. 2. 126. — Troyes, 30 décembre 1885, sous Paris, 15 avril 1886. S. 86. 2. 182. — Paris, 22 novembre 1892. S. 94. 2. 70.

matif. Aucun texte ne liant le juge, ne le forçant à laisser l'administration au père, il a toute liberté dans sa décision. L'article 302 ne spécifie pas quels sont les soins à donner, si ce sont des soins à la personne ou aux biens. De plus cette solution semble conforme au principe qui réunit la direction de l'éducation et de la fortune en la même main (art. 141 pour la mère en cas d'absence du mari, art. 450 pour le tuteur).

« A quels conflits incessants n'aboutirait-on pas, si on voulait réserver au père le droit d'administrer les biens de ses enfants mineurs, lorsque la mère a obtenu le divorce et la garde de ses enfants ? Et alors que le père est privé de l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs est-il rationnel d'admettre qu'on lui a laissé l'administration de ces mêmes biens (1). »

Les adversaires de cette idée répondent simplement qu'aucun texte n'existe qui oblige à retirer l'administration au père : « L'administration, dit Laurent, est un devoir et non un droit ; le père ne cesse pas d'être père, s'il a la puissance paternelle, il doit continuer à administrer. »

Il est faux, ajoutent-ils, que l'administration ne puisse être efficacement exercée que par celui qui a la garde. Le plus souvent, le tuteur de l'interdit ne

1. *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1898, article de M. Albert Tissier, p. 663.

s'occupe pas de sa personne. La garde n'est souvent donnée à la mère que par suite des soins que réclame l'enfant. Si la garde était donnée à un tiers, il est certain que l'administration paraît devoir être confiée à l'époux en faveur de qui le divorce est prononcé et ne semble pas devoir passer au tiers.

Cette théorie, qui veut que le père même coupable conserve l'administration légale, est celle admise par le Conseil d'État le 16 novembre 1899 (1). A propos des opérations relatives au service des rentes sur l'État, pour savoir si : « après le divorce, le père conserve dans tous les cas l'administration légale des biens personnels de ses enfants mineurs », même si le divorce a été prononcé contre lui et si la mère a été constituée gardienne, le ministre des Finances avait consulté le Conseil d'État dont voici la réponse : « Le divorce n'a pas pour conséquence de faire perdre de plein droit au père l'administration des biens de ses enfants ; le père la conserve en principe, alors même que le divorce aurait été prononcé contre lui et que la garde de ses enfants lui aurait été enlevée, sauf aux juges à lui enlever cette administration si l'intérêt des enfants l'exige. »

La première opinion semble cependant avoir prévalu. La mère gardienne aura donc l'administration ;

1. D. 1902. 3. 18. ; S. 1903. 5. 447. *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1902, p. 782, art. de M. Albert Wagner.

toutefois, si son inexpérience la rendait inapte à gérer les biens de ses enfants mineurs, le tribunal pourrait, en vertu de ses pouvoirs très larges, lui adjoindre quelqu'un dans l'exercice de sa gestion.

Si le divorce a été prononcé aux torts réciproques des époux, en tenant compte des principes ci-dessus émis, c'est celui des deux époux qui aura obtenu la garde, auquel sera confiée l'administration (1) ; si toutefois la garde était confiée à un tiers, dans ce dernier cas, le tribunal devrait prendre les mesures nécessaires et trancher cette question d'administration en se basant sur l'intérêt de l'enfant.

Au sujet de la jouissance légale, les avis sont aussi très divisés. Certains admettent que l'administration légale et l'usufruit légal sont intimement liés (2).

L'idée fondamentale de cette théorie est que la jouissance légale passe à la mère quand le mari contre qui est prononcé le divorce la perd (3).

1. Courtrai, 3 juillet 1896. S. 99. 4. 16.

2. Huc. *Comm.*, 2, n° 426. — V. Dalloz, supp. au répertoire. *Divorce et sép. de corps*, n° 621. Note de M. Hitier. D. 97. 2. 277. — Grenoble, 24 juillet 1900. D. 1901. 2. 121 ; S. 1903. 2. 9, note 5. Au sujet de cet arrêt. *Rev. trim. de droit civil*, année 1902, p. 193.

3. « Le tribunal de la Seine, dans un jugement du 9 novembre 1896, a admis que l'administration légale doit suivre la garde, il a tranché la question en admettant entre autres arguments, que le droit de jouissance légale passe à la mère

Cependant de nombreux auteurs pensent que la jouissance légale s'éteint, lorsque le divorce est prononcé contre le père coupable et ne passe pas à la mère, l'opinion contraire, disent-ils, est en contradiction avec les articles 384 et 386. Ce dernier article enlève bien à l'époux la jouissance légale, mais ne l'attribue à personne. De son côté l'article 384 ne s'occupe que du cas de prédécès du mari et rien ne peut amener à l'étendre au cas de divorce.

Si l'administration est laissée au père, la mère conserve toujours son droit de contrôle ; si les principes ne suffisaient pas l'article 303 le lui donnerait.

Si le père vient à mourir, qu'elle ait ou non l'administration légale, la mère devient tutrice. Mais une question se pose, la jouissance légale qu'elle n'avait pas lui revient-elle alors ? Nous le croyons.

Cependant, à notre avis, il faut distinguer : si le divorce a été prononcé à ses torts, il est à supposer que l'usufruit légal ne lui sera pas donné ; le divorce prononcé contre elle lui a fait perdre ses droits. Au contraire, si on admet l'opinion qui veut que pendant la vie des deux époux, en cas de divorce prononcé

qui a triomphé dans l'instance en divorce, de sorte qu'en l'espèce, la mère ayant et la garde de l'enfant et d'après le jugement l'usufruit légal sur les biens de ses enfants on est arrivé à cette solution de réunir en la même main la garde, l'administration légale et la jouissance. » (Cousin, thèse.)

aux torts du père, la jouissance cesse et ne passe pas à la mère, il nous semble logique de la lui rendre si le père vient à mourir.

Si le père étant encore vivant, la mère convole en secondes noces, la tutelle n'existant pas, elle n'a pas à réunir le conseil de famille ; elle conserve l'administration à laquelle son second mari reste étranger. Le père pourra en usant de son droit de contrôle lui faire retirer cette administration, si toutefois les intérêts des enfants sont en péril.

Si le père vient à mourir, la mère remariée ayant l'administration, cette dernière sera-t-elle tutrice de plein droit, avec son deuxième mari comme cotuteur ? Nous ne le croyons pas, et d'après les principes régissant la tutelle, nous croyons que le conseil de famille devra être appelé à se prononcer.

Le tribunal est aussi juge des mesures à prendre, quand naissent des conflits de ce que plusieurs enfants sont confiés au père, tandis que les autres sont confiés à la mère, il peut, soit réunir l'administration en une seule main, soit la diviser, si les biens sont eux-mêmes divis, sinon ordonner le partage, s'il en reconnaît l'utilité.

Nous voyons par ce qui précède comme la situation de la mère se trouve peu fixée en cas de divorce et à quelles interprétations nombreuses peut donner lieu la loi. Les avis sont partagés, et la jurisprudence variable. Il est certain qu'il est utile de

laisser une certaine latitude d'appréciation aux tribunaux, mais cependant, certains points d'une importance capitale pourraient être codifiés.

Nous considérons comme très légitime de donner à la mère gardienne l'administration des biens de ses enfants mineurs, réserve faite toutefois du droit de contrôle du père. Cela lui permettrait de prendre plus rapidement des mesures utiles à l'enfant ; ainsi, elle n'aurait plus besoin de recourir à son ex-mari, qui, par taquinerie, à seule fin de lui être désagréable, peut retarder la délivrance des fonds. Ce n'est point là une faveur, l'administration étant plutôt une charge, mais cette mesure nous semble devoir être considérée comme préférable dans l'intérêt même de l'enfant.

Quant à la jouissance légale nous voudrions voir consacrer législativement le droit de la mère à y prendre part, quand le divorce a été prononcé en sa faveur, surtout au cas où la garde et l'administration lui auraient été confiées.

Si le mariage est dissous par la mort de son mari, la femme en profite ; pourquoi si le mariage est dissous par le divorce la mère innocente serait-elle écartée de cette faveur ? Pourquoi faire porter à l'innocent la faute du coupable ? Si le divorce est prononcé aux torts de la femme, le mari conserve cet usufruit. Pourquoi cette différence de traitement ? pourquoi favoriser l'un plus que l'autre ? Il y a là une

situation à laquelle il serait facile de remédier en déclarant que la mère au profit de qui le divorce est prononcé aura le droit d'usufruit légal.

Comme au cas où le père est administrateur, cela présenterait une série de difficultés, nous pensons que dans ce cas la jouissance ne devrait pas exister, car alors elle ne remplirait plus son véritable but et deviendrait un avantage tout à fait gratuit fait aux parents.

Séparation de corps et de biens seulement.

La séparation de corps n'a pas pour effet comme le divorce de rompre le mariage, le père conservera donc l'administration légale (1) même si la garde de l'enfant lui est retirée (2). Ce sont donc les principes généraux de l'administration légale qui continuent à s'appliquer. Cependant, comme au cas de divorce, quand l'intérêt de l'enfant est en jeu, le tribunal est seul juge et décide s'il faut retirer la gestion au père qui se montre incapable.

Lors de la loi du 27 février 1880 (3), un sénateur, M. Cazagne, avait demandé que cette loi fût applica-

1. Laurent, III, 352.

2. Lyon, 13 mars 1897. Pandectes françaises, 99. 2. 321 et note de M. Paul Henry. — Paris, 14 juin 1901. S. 1903. 2. 10.

3. Loi réglementant l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au mineur et aux interdits et la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.

ble au père en cas de séparation de corps, ou de biens seulement, ou de faillite, ou de déconfiture (1). « Dans ces diverses hypothèses, disait-il, le père n'offre plus de garanties ni morales, ni matérielles (2). »

M. Denormandie fit observer que ce n'était pas par voie d'amendement et d'une façon aussi incidente qu'il fallait trancher cette question ; d'autre part, le garde des Sceaux promit de faire mettre à l'étude une loi spéciale, ce qui détermina M. Cazagne à retirer son amendement (3).

M. Cazot fit un projet de loi qui fut adopté par le Conseil d'Etat et vint devant la Chambre des députés le 26 novembre 1881.

Un député, M. Bisseuil, présenta un contre-projet le 13 décembre 1881. Mais la législature prit fin avant que le projet et le contre-projet eussent été mis à l'étude.

Jusqu'en 1885, il ne fut plus question de rien ; à cette époque, on reprit le projet de 1881. On nomma une commission pour l'examiner. M. Piou, rapporteur, déposa son rapport le 4 juillet 1887 et conclut au rejet du projet.

A notre connaissance, c'est la seule fois qu'au point

1. Sénat, séance du 18 février 1880. *J. off.* du 19, p. 1870, 3^e col.

2. Pandectes françaises, 1907, 2. 169.

3. Sénat, séance du 17 février 1880. *J. off.*, 18 février.

de vue de l'administration légale on ait abordé la question de la séparation de biens.

Dans les cas de divorce et de séparation de corps les tribunaux peuvent prendre des mesures protectrices pour sauvegarder les biens de l'enfant, il n'en est pas de même en cas de séparation de biens. Et cependant il nous semble qu'il y a là un intérêt capital.

Le divorce et la séparation de corps n'impliquent point nécessairement que le père contre qui ils ont été prononcés est un mauvais administrateur. Souvent, toujours même, les causes qui ont entraîné ces mesures sont autres.

On peut fort bien être mauvais époux et bon père : et cependant on enlève à celui-ci l'administration.

Au contraire, la séparation de biens est toujours demandée parce que le mari n'a pas su gérer la fortune de sa femme et est mauvais administrateur ; l'article 144 porte : la séparation de biens « ne pourra être poursuivie qu'en justice par la femme *dont la dot est mise en péril*, lorsque le *désordre des affaires du mari* donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour le emploi des droits et reprises de sa femme ».

Et c'est alors, qu'aucune mesure protectrice ne peut être prise dans l'intérêt de l'enfant ; n'y a-t-il

pas là une situation illogique sur laquelle il est inutile d'insister.

En cas de faillite ou de déconfiture du père, rien non plus, dans notre législation, ne permet de lui enlever la gestion des biens de ses enfants.

Nous croyons que le législateur trouverait à intervenir efficacement, en permettant au tribunal de prendre, en cas de séparation de biens, comme en cas de faillite ou de déconfiture, les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts de l'enfant, soit qu'il confie l'administration à la mère, soit qu'il la confie à un tiers si toutefois il le juge à propos.

APPENDICE

DES JURIDICTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE APPELÉES A SOLUTIONNER LES CONFLITS ENTRE LES PARENTS

Au cours de ce travail, nous avons été souvent amené à envisager la nécessité d'une juridiction qui puisse trancher les différends entre les parents au sujet des enfants. Cette institution est le complément nécessaire des mesures que nous préconisons.

Quelle sera cette juridiction ?

Sera-ce un tribunal de tutelle de famille établi sur le modèle de celui qui autrefois fonctionnait en France ?

Sera-ce une haute tutelle d'Etat copiée sur le modèle allemand ?

Sera-ce, en tenant compte des juridictions actuellement existantes et de leurs attributions, le juge de paix ou bien le tribunal de première instance ?

Toutes ces idées ont leurs défenseurs ; nous allons reprendre toutes ces solutions l'une après l'autre et indiquer celle qui paraît le plus susceptible de remplir efficacement le rôle que nous lui assignons.

Tout d'abord nous allons nous occuper du tribunal de famille.

Nous avons eu, à propos de l'étude du droit de correction, occasion de voir qu'autrefois un essai en avait été tenté en France, « pour prévenir par d'aimables compositions le malheur des contestations et des haines entre proches ».

Les articles 12, 13 et 14 de la loi des 16 et 24 août 1790 nous renseignent sur la composition et les attributions de ces tribunaux :

ART. 12. — S'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frère et sœur, neveu et oncle, ou autres alliés, aux degrés ci-dessus... les parties seront tenues de nommer des parents, ou à leur défaut, des amis ou voisins, pour arbitres devant lesquels ils éclairciront leur différend et qui après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires rendront une décision motivée.

ART. 13. — Chacune des parties nommera deux arbitres et si l'une s'y refuse, l'autre pourra s'adresser au juge qui, après avoir constaté le refus, nommera des arbitres d'office pour la partie refusante. Lorsque les quatre arbitres se trouveront divisés d'opinion ils choisiront un surarbitre pour lever le partage.

ART. 14. — La partie qui se croira lésée par la décision arbitrale pourra se pourvoir en appel, devant le tribunal de district, qui prononcera en dernier ressort.

Ce tribunal de famille était donc un tribunal d'exception, qui ne connaissait que de causes à lui spécialement attribuées. Il permettait de ne pas

dévoiler aux yeux du public les difficultés internes des familles.

La sentence par lui rendue n'avait aucune force exécutoire ; rendue par des particuliers, ce n'était qu'un acte sous seings privés. Pour qu'elle pût avoir son efficacité, il fallait que le tribunal de district vérifiât si l'on se trouvait dans les termes de la loi, apposât la formule exécutoire sur la sentence à lui présentée en ordonnant son dépôt au greffe.

Les contemporains de l'institution la portèrent d'abord aux nues.

D'après l'un d'eux, Guichard, de ce pouvoir donné à la famille devaient jaillir toutes les vertus : « La probité, la bonne intelligence, la concorde, la piété filiale, l'amour paternel... le goût des plaisirs de la nature... tout ce qu'il y a de plus sublime, de plus touchant, de plus aimable parmi les vertus (1). » Un autre s'écriait :

« Cette institution sublime nous conviendra peut-être un jour quand nos cœurs se seront épurés au creuset de la République (2). »

Malgré ces éloges exagérés, les esprits clairs et avisés reconnurent vite les inconvénients de cette organisation. Robespierre en particulier, un des premiers, déclare cette institution contraire à tous les principes

1. Cité par M. Planiol. *Trait. élémentaire de droit civil*, t. I, p. 782, n° 2.

2. *Réimpression du Moniteur*, t. XXVII, n° 596.

et impraticable : « L'institution qu'on vous propose renferme tous les germes de la partialité, les jugements ne seraient pas rendus suivant la justice, mais suivant l'affection des juges pour les parties. Et puis, comment espérez-vous que toutes les familles seront assez nombreuses pour fournir des juges (1). »

Ce que craignait Robespierre ne tarda pas à se produire ; les parties, ayant toute latitude dans le choix des juges, en arrivèrent à ne plus prendre que des professionnels qui devinrent plutôt leurs avocats que leurs juges.

Les inconvénients en furent bien vite reconnus ; il fut proposé d'abolir ces tribunaux, au moment de la constitution de 1795. Ils ne subsistèrent du reste que peu de temps après ; l'année suivante, ils disparurent complètement.

L'idée de ce tribunal fut reprise une première fois, dans les travaux préparatoires du Code, mais ce projet n'aboutit pas.

Une seconde tentative fut faite sans plus de succès, lors de la discussion du deuxième projet de la loi Naquet relative au divorce.

Depuis lors la question a été souvent agitée par les auteurs.

De nombreux moyens ont été proposés pour corriger les défauts reconnus à cette institution. On a sur-

1. *Journal des Débats* du 5 août 1890.

tout pensé à y introduire un élément étatiste, en l'es-
pèce le juge de paix.

Nous ne croyons pas toutefois que les corrections
proposées puissent suffire à éviter tous les inconvé-
nients, qui ont déterminé l'abandon de l'institution
en question.

Nous ne nous arrêterons point à l'opinion de ceux
qui voudraient voir instituer pour le mineur possé-
dant des biens, un conseil de famille, comme au cas
de tutelle.

Nous avons eu déjà l'occasion de repousser cette
idée qui, sur de nombreux points, présenterait les
mêmes inconvénients que le tribunal de famille ci-
dessus condamné.

Une solution différente, actuellement en exercice,
a été admise par la législation allemande.

Là, les parents n'ont rien à voir dans la constitu-
tion du tribunal. L'idée de protection de l'enfant par
l'Etat domine.

Cette haute tutelle allemande implique l'immixtion
d'un pouvoir étranger dans la vie de famille. Sui-
vant le mot si juste de M. Taudière : « C'es. un désor-
dre, mais un désordre justifié par une nécessité. »

Cette institution est organisée près des tribunaux
cantonaux (tribunaux comparables à nos justices de
paix, dont toutefois le ressort est beaucoup plus
étendu. Les juges doivent avoir fait des études de

droit et ont accès à tous les postes dans la magistrature).

Ces tribunaux érigés en tribunaux de tutelle (le Code allemand n'emploie jamais que cette expression et non celle du juge de tutelle) sont composés d'un seul juge rendant ses décisions au nom du tribunal de bailliage tout entier, sous sa seule responsabilité sanctionnée par l'article 1848 du Code allemand.

Tout ce qui concerne ce tribunal a été réglé par les articles 35 et suivants de la loi du 17 mai 1878 sur la juridiction en affaires non contentieuses.

Ses attributions ne sont pas, comme son nom semble l'indiquer, seulement relatives à la tutelle, mais aussi à la puissance paternelle (art. 1631, al. 2, 1635, al. 1, 1643, 1665 et suiv., 1687 du Code civil allemand) ; elles s'étendent également aux personnes et aux biens, en matière matrimoniale (art. 1375, 1378, 1379, 1402, 1447, 1451, 1519, al. 2, 1549, 1550 al. 2).

A côté de ce tribunal existe le conseil communal des orphelins emprunté à la loi prussienne du 5 juillet 1875.

La composition de ce conseil n'est pas réglée de façon uniforme, c'est aux législations régionales qu'il appartient de statuer sur son recrutement (les fonctions en sont gratuites et il est permis aux femmes de les exercer).

C'est un organe auxiliaire du tribunal de tutelle,

placé au-dessous de lui. Ce n'est pas un tribunal de première instance, mais un bureau de renseignements ; il aide le tribunal de tutelle, non seulement, vis-à-vis des enfants en tutelle, mais aussi au regard des enfants sous puissance paternelle (art. 1675).

Ce conseil est autorisé à pénétrer dans la demeure de l'enfant, à se renseigner près des personnes qui le logent. Si on refuse de le renseigner il ne peut intervenir directement, il ne le peut qu'avec le tribunal.

Ses attributions s'étendent même à la surveillance de la gestion des biens.

Les ingérences du tribunal de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle sont assez nombreuses. En général, on peut dire que toutes les fois que l'intérêt de l'enfant l'exige, le conseil de tutelle peut intervenir.

On a fait de graves reproches à cette institution. On l'a accusée de détruire complètement l'unité familiale, d'apporter la division au sein des familles et de n'offrir à l'enfant qu'une garantie médiocre ; les juges de tutelle ne peuvent connaître les enfants ; les rapports, les enquêtes, seuls les peuvent renseigner et on ne sait que trop la difficulté de les faire de façon utile et véritablement sérieuse.

On lui a reproché encore d'être un moyen de favoriser l'ingérence de l'État dans la famille, domaine qui lui est interdit. « On parle de protéger, dit

M. Gastambide, l'enfant contre la famille, mais qui protégera la famille elle-même contre l'Etat.

Dans la remarquable étude faite sur ce sujet par cet auteur, il répond ainsi à toutes les critiques exposées plus haut : « Ce n'est point l'intervention de l'Etat qui désorganise la famille, c'est la désorganisation de la famille qui motive légitimement l'intervention de l'Etat. L'Etat doit protéger les individus ; quand l'enfant est lésé, le droit de famille s'évanouit, l'intervention de l'Etat est légitime. »

« Quant aux abus de droit des fonctionnaires, le représentant de l'enfant a toujours le droit d'en appeler s'il considère que la décision lèse ses droits. »

Nous ne croyons pas cependant que cette institution puisse répondre à ce qu'elle semble susceptible de donner.

Appliquée avec succès dans certains pays étrangers, elle se heurterait en France à de grandes difficultés. Cette ingérence de l'Etat serait considérée comme une grave atteinte à la liberté individuelle de chacun.

L'Allemand, très discipliné, accoutumé, dès l'enfance, à l'obéissance passive, au respect du pouvoir constitué, peut trouver cela tout naturel.

Le Français, beaucoup plus indépendant de caractère, ennemi né de l'autorité, verra de très mauvais œil cette inquisition à laquelle il peut être soumis.

De plus, il y aurait là toute une nouvelle organi-

sation judiciaire à créer ou du moins à refondre sur de nouvelles bases.

Nous écarterons donc encore ce système comme ne pouvant nous donner satisfaction.

Une autre théorie prétend rencontrer en la personne de notre juge de paix l'arbitre tout trouvé, pour solutionner les conflits dont nous avons parlé.

Le juge de paix n'est-il pas président, de droit, de tous les conseils de famille où, au cas de partage des voix, son avis fait pencher la balance ?

N'est-ce point lui qui est chargé de régler tous les petits différends, toutes les petites chicanes entre les habitants de son ressort ?

De plus un tribunal de justice de paix se trouve au chef-lieu de chaque canton ; il serait commode de se rendre devant le juge qui, grâce au peu d'étendue de son ressort, peut facilement s'entourer de renseignements.

Nous ne nions pas que ces raisons ne militent sérieusement en faveur de cette idée ; cependant nous ne l'adopterons pas.

Justement à cause du ressort restreint de sa juridiction, ce magistrat est trop connu des habitants à la vie journalière desquels il est mêlé, et ceux-ci aimeront peu le voir intervenir dans leurs affaires de famille dans la crainte d'indiscrétions de sa part.

Le rôle du juge de paix en matière de tutelle est

tout à fait exceptionnel et nécessité par l'état de choses lui-même.

Presque toujours les parents composant le conseil de famille sont réunis dans un petit rayon, il est assez facile de les rassembler au chef-lieu de canton, en général peu éloigné de leur domicile, ce qui leur permettra de faire des frais moindres et de perdre beaucoup moins de temps que s'il leur fallait se rendre au chef-lieu d'arrondissement, souvent plus éloigné et d'accès assez difficile.

Dans le cas qui nous occupe, les parents en conflit sont les principaux intéressés ; ils peuvent fort bien se rendre au chef-lieu d'arrondissement. La difficulté de convocation n'existe pas pour eux.

Nous avons écarté les trois théories précédentes ; qui donc choisirons-nous pour remplir le rôle que nous avons fixé ?

Un tribunal nous semble tout indiqué, c'est le tribunal de première instance.

On a émis l'idée de s'adresser seulement au président de ce tribunal statuant en référé : nous ne voyons pas bien la raison déterminante de ce choix.

Nous pensons donc que la juridiction compétente devrait être le tribunal de première instance statuant en chambre du Conseil, les parties entendues, sans ministère d'avoué ni d'avocat.

Nous dirons même plus, et nous estimons utile de

voir le mineur entendu, toutes les fois que la chose sera possible.

Nous nous basons, pour émettre cette idée sur ce fait que le tribunal de première instance est celui qui est appelé à intervenir le plus souvent dans l'exercice de la puissance paternelle.

S'agit-il de déchéance, d'absence, d'interdiction, de divorce, de séparation de corps, ces affaires sont de sa compétence et, dans ces cas, il peut prendre les mesures qu'il juge nécessaires dans l'intérêt des mineurs ; il a alors, la plus grande liberté d'action.

La compétence de ce tribunal ne serait pas beaucoup élargie, cette mesure aurait l'avantage de ne pas entraîner de grandes réformes.

De plus les magistrats habitués à s'occuper de ces questions, seraient plus à même que d'autres de trancher le conflit. L'audience donnée en chambre du Conseil, sans ministère d'avoués ni d'avocats, permettrait de rendre la procédure peu coûteuse et peu compliquée, d'éviter les frais et les indiscretions.

L'audition de l'enfant aurait l'avantage d'éclairer plus efficacement la religion des juges.

C'est celui-ci le principal intéressé, pourquoi donc, s'il est tant soit peu capable, ne pas lui permettre d'intervenir au débat, cela aurait en outre l'avantage de l'initier aux affaires.

Nous convenons que cette dernière proposition est très délicate, car l'enfant sera toujours tenté de se

tourner du côté du plus indulgent des deux parents, de celui qui le gênera, mais nous pensons que le juge éclairé d'autre côté pourra ne tenir compte des déclarations de celui-ci que dans la mesure où il le jugera utile.

Les difficultés que cette juridiction aurait à trancher exigent une prompte solution, aussi serait-il bon de les faire passer de suite.

Peu d'objections nous semblent devoir être apportées à l'admission de ce système qui a pour lui les avantages de ne changer que peu la législation actuelle, d'être peu coûteux, d'avoir les garanties de discrétion et de célérité.

Nous pensons donc que cette juridiction doit être préférée à toute autre.

CONCLUSION

« En fait le pouvoir des femmes est immense, mais il est dangereux, parce qu'indirect, c'est-à-dire irresponsable; reconnaissez son existence afin de pouvoir lui imposer la responsabilité. »

STUART MILL

Nous croyons avoir ainsi accompli la tâche que nous nous étions imposée.

Au cours de cette étude, nous avons montré comme la situation de la mère était inférieure, là où le législateur avait posé des règles fixes, et comme là où il n'avait rien dit, cette situation était peu nette et prêtait à des interprétations fort variables. Les tribunaux gênés par les textes existants, souvent peu précis, ne peuvent créer une jurisprudence capable de remplacer la loi. Il est donc à souhaiter que le législateur, frappé de cette situation inférieure et imprécise, se décide à déterminer quels devraient être les pouvoirs de la mère.

Nous avons montré aussi combien peu nous avons à tirer des législations étrangères. Presque toutes ont des dispositions semblables à celles existant chez

nous. Certaines mêmes rendent la situation de la mère encore plus précaire.

L'étude des Codes suisse et allemand et de quelques législations américaines pourrait seule nous être de quelque utilité.

Parfois les réformes que nous indiquons comme possibles sont contraires à la doctrine et à la jurisprudence ; mais il faut se souvenir que ce qui est à faire est nouveau. Nous les avons adoptées, non comme préférables à d'autres, émanant de personnes plus compétentes que nous, mais parce qu'elles nous semblent plus conformes aux mœurs et aux idées actuelles et partant, d'adaptation plus facile.

En résumé, nous demandons :

Que pendant le mariage, le père ait des pouvoirs plus précis et limités, que certains droits soient reconnus à la mère concurremment avec lui et que celle-ci, puisse intervenir, pour empêcher son mari de sortir des limites de ses pouvoirs.

Que les droits de la mère soient augmentés dans les cas où, pendant le mariage, le père se trouve en fait, par suite d'incapacité physique, morale ou légale, dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle. Qu'alors la mère ait des pouvoirs équivalents à ceux du père quand il avait l'exercice de cette puissance ;

Que la mère veuve soit mise sur le même pied d'égalité que son mari veuf, sans plus de restrictions.

Qu'en cas de divorce et de séparation de corps, l'état actuel, sauf sur certains points, au sujet desquels nous avons fait nos observations, soit maintenu comme le meilleur.

Et surtout, que la séparation de biens, la faillite ou la déconfiture fassent l'objet de dispositions spéciales permettant d'enlever au père la gestion des biens de ses enfants, si la chose est nécessaire.

Telles sont, succinctement exposées, les réformes que nous revendiquons pour la mère dans la vie familiale.

Nous terminerons en disant avec M. Pascaud :

« Cette extension des attributions féminines n'implique, en aucune façon, une égalité des deux sexes que démentent tant de différences physiques, morales ou sociales ; elle signifie seulement, qu'à des fonctions équivalentes, doivent correspondre des droits équivalents et qu'on ne saurait, à l'encontre des femmes, maintenir des incapacités civiles et familiales que nos mœurs répudient, que l'arbitraire ou les souvenirs d'un passé disparu sans retour permettent seuls d'expliquer. La responsabilité est la grande école de l'existence ; c'est sous son influence que se forment et se développent la personnalité et la dignité humaine.

Il est temps que la femme, appelée désormais à être investie d'une manière plus complète dans la

vie civile et familiale, voie grandir, eu égard à ses aptitudes, le rôle qui lui incombe chez les nations civilisées.

Vu : le Doyen :
LYON-CAEN

Vu : Le Président de la thèse
MASSIGLI

Vu : et permis d'imprimer :
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	5
INTRODUCTION. — Exposé historique.....	11
CHAPITRE I. — Des droits de la mère sur la personne de ses enfants au cours du mariage.....	21
CHAPITRE II. — Des droits de la mère sur la personne de ses enfants aux cas où le père au cours du mariage se trouve dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'exercer la puissance pater- nelle.....	51
<i>Section I.</i> — Le père est absent.....	51
<i>Section II.</i> — Le père est interdit.....	62
<i>Section III.</i> — Le père est déchu.....	64
CHAPITRE III. — Des droits de la mère sur la personne de ses enfants après la dissolution du mariage ou la séparation de corps.....	71
<i>Section I.</i> — La mère veuve.....	71
<i>Section II.</i> — La mère divorcée.....	82
<i>Section III.</i> — La mère séparée.....	90
CHAPITRE IV. — Des droits de la mère sur les biens de ses enfants au cours du mariage.....,....	95

CHAPITRE V. — Des droits de la mère sur les biens de ses enfants aux cas où le père au cours du mariage se trouve dans l'impossibilité physi- que, morale ou légale d'exercer la puissance paternelle.....	107
Section I. — Le père est absent.....	107
Section II. — Le père est interdit.....	113
Section III. — Le père est déchu.....	117
CHAPITRE VI. — Des droits de la mère sur les biens de ses enfants après la dissolution du mariage et après la séparation de corps.....	123
Section I. — La mère veuve.....	123
Section II. — La mère divorcée.....	147
Section III. — La mère séparée de corps ou de biens seulement.....	156
APPENDICE. — Des juridictions qui peuvent être appelées à solutionner les conflits entre les parents....	161
CONCLUSION.....	173

